Fremdwirkende Spezifikation, ihr Umfang und Wesen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät zu Göttingen

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

vorgelegt von

Friedrich Tasche
Referendar
beim Amtsgericht Lage in Lippe.

1920
Druck von A. Welchert, Lage i. L.

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Oertmann.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548107_0068

Inhalt.

A. Einleitung.

Seite

§ 1. Abgrenzung des Stoffes; die an der Entscheidung der Eigentumsfrage zwischen Arbeiter und Arbeitsherrn besonders Interessierten . . . . . 1—2

§ 2. Uebersicht über die in Frage kommenden Tatbestände . . . . . 2—6

§ 3. Geschichtlicher und rechtsvergleichender Ueberblick 6—11

B. Hauptteil.

Umfang und Wesen der fremdwirkenden Spezifikation nach B. G. B.

I. Wesen der Verarbeitung:

§ 4. 1. Notwendig menschliche Handlung . . . . . 11—13

§ 5. 2. Immer Tathandlung, Realakt . . . . . 13—17

II. Umfang der fremdwirkenden Spezifikation (Grundsätzliches):

§ 6. 1. Die zu berücksichtigenden Fragen . . . . . 18—19

§ 7. 2. § 950 zwingendes oder nichtzwingendes Recht? Insbesondere v. Bonins Ansicht . . . . . 19—22

3. Die fremdwirkende Spezifikation in Vertragsverhältnissen:

§ 8. a) Der unselbständige Arbeiter wird nicht Eigentümer . . . . . 22—23

§ 9. b) Der selbständige Arbeiter wird nicht Eigentümer . . . . . 24—27

§ 10. c) § 950 in Vertragsverhältnissen anwendbar; Wirkung . . . . . 27—29

§ 11. 4. Fremdwirkende Spezifikation außerhalb von Verträgen . . . . . 29—31

§ 12. 5. Fremdwirkende Spezifikation nicht beim sog. Werklieferungsvertrag möglich . . . . . 31—32

III. Wesen der fremdwirkenden Spezifikation (zugleich genauere Abgrenzung des Umfanges):

1. Die bisher aufgestellten Theorien:

§ 13. a) v. Bonins Theorie; Ablehnung derselben . 33—34
§ 14. b) Reine Vertretertheorie . . . . . 34—35
§ 15. c) Nicht-Vertretertheorie (herrsche de Lehre) . 36
§ 16. d) Bedingte Vertretertheorie (Bunsen-R. G.); Ablehnung derselben . . . . . 36—38
§ 17. 2. Das Wesen der Stellvertretung nach B. G. B. 38—49
3. Das Wesen der fremdwirkenden Spezifikation:
§ 18. a) Keine direkte oder analoge Anwendung der §§ 164 ff. B. G. B. . . . . 50—53
§ 19. b) Auch die herrschende Lehre (Nicht-Vertretertheorie) nicht beifallswert . . . . . 53—56
§ 20. c) Ebenso nicht die Ansicht von Rümelin oder Krückmann (Vertreter in der Rechtsausübung) . . . . . 57—60
sondern es liegt vor:
d) Eine Vertretung sui generis (Tatvertretung)
§ 21. α) Zulässigkeit dieser Konstruktion . . . 60—64
β) Merkmale der Tatvertretung: Besitzbeziehung und Gestattung:
§ 22. αα) Grundsätzliches . . . . . 64—70
§ 23. ββ) Das Wesen der Gestattung . . . 70—75
§ 24. γγ) Einzelfragen bei der Besitzbeziehung 75—79

C. Schluß.

§ 25. Formulierung des Ergebnisses . . . . . 80—82

Schrifttum.

Aden, Die Entwicklung der Spezifikationslehre bis zum B. G. B. Diss. Heidelberg, 1911.

Bachrach, Die Lehre vom Eigentumserwerb durch Verarbeitung. Diss. Marburg, 1908.

Baensch, Wer erwirbt Eigentum durch Spezifikation unter besonderer Berücksichtigung der Geschäftsbesorgungsverträge? Diss. Würzburg, 1911.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, 1886.

Biermann, Sachenrecht, Kommentar zum B.G.B. 3. Aufl. 1913.

" Allgemeiner Teil des B. G. B., 1908.

" Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, in der Gießener Festgabe für Dernburg, 1900, S. 99 ff.

Block, Verarbeitung durch Hilfspersonen. Diss. Gießen, 1912.

v. Bonin, Ueber den Eigentumserwerb des Herstellers. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 38, S. 117 ff.

Bourier, Vertretung im Willen, in Zeitsch. d. Deutsch. Not. Ver., Bd. 17, S. 373 ff.

Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 B. G. B., in Iherings Jahrb., Bd. 58, S. 187 ff.

Bunsen, Einführung in das B. G. B., Bd. II, 1898.

Busch, Eigentumserwerb durch Dritte bei der Aneignung, dem Fruchterwerb und der Verarbeitung. Diss. Leipzig, 1908.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., Bd. II, 1913.

Cosmann, Die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs durch Verarbeitung. Diss. Marburg, 1907.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Bd. 1—3, 1900-1905

Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Bd. I, 1906, Bd. III, 1908.

Ebert, Die Verarbeitung fremder Stoffe. Diss. Jena, 1914.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, 1. u. 2. Aufl., 1903.

Eger, Vertretung beim Fahrniserwerb. Diss. Gießen, 1900.

Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im B. G. B., in Fischers Abhandlungen, Bd. II, 1899.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit. Bd. I, 1903 (zit. Eltzbacher I).

" Einführung in das bürgerliche Recht, 1910, (zit. Eltzbacher II).

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag, in Fischers Abhandlungen, Bd. IV, 1900.

Emge, Das Moment der Neuheit im B.G.B. § 950. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 114, S. 25 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8.—9. Aufl. Sachenrecht I, 1, 1905.

Enneccerus-(Lehmann), Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1908, Bd. I.

" Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9.—11. Aufl. Allgemeiner Teil, 1913; Recht der Schuldverhältnisse, 1915.

Falkmann, Die Rechtsstellung des Boten. Diss. Erlangen, 1907.

Fischer-Henle, Bürgerl. Gesetzbuch, 10. Aufl, 1918.

Fitting, Die Spezifikation. Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 48.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., 1897, Bd. II u. III.

Frohwein, Der Lohn der Arbeit im bürgerlichen Recht. Diss. Heidelberg, 1910.

Gablenz, Die Spezifikation nach römischem und heutigem Recht. Diss. Jena, 1908.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895; Bd. II, 1905.

Goldmann-Lilienthal, Bürgerliches Recht, Bd. II, 1912.

Gruchot, Von der Verbindung . . ingleichen von der Verarbeitung. In Gruchots Beiträgen, Bd. 7, S. 259 ff., insbes. S. 265 ff.

Hatz,	Die Verarbeitung nach dem B. G. B. Diss. Straßburg, 1912.
Hoffmann,	Verfügungen über künftige Gegenstände. Diss. Breslau, 1909.
Hölder,	Pandekten, 1891.
Jhering,	Geist des römischen Rechts, 3. Teil, 1. Abtlg, 3. Aufl., 1877.
„	Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte in Jherings Jahrb., Bd. I, S. 273 ff.
Immel,	Sind Verbindung, Vermischung und Verarbeitung Rechtsgeschäfte? Diss. Jena, 1909.
Isay,	Die Geschäftsführung, in Fischers Abhdlg., Bd. 6, 1900.
Jürgensen,	§ 950 B. G. B. Diss. Rostock, 1903.
Kießling,	Der Hersteller einer neuen Sache im Sinne des § 950 B. G. B. Diss. Heidelberg, 1912.
Klein,	Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, in Fischers Abhdlg., Bd. 25, 1912.
Klostermann,	Geistiges Eigentum, Bd. 1, 1867.
Kohler,	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1906, Bd. II, 2, 1919.
„	Bürgerliches Recht in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie, 7. Aufl., 1914, Bd. II, (zit. Kohler, Enz.).
„	Das Autorrecht, in Jherings Jahrb., Bd. 18, S. 129 ff.

Kohler,	Vertrag und Uebergabe, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 18, S. 1 ff.
Kommentar	der Reichsgerichtsräte, 2. Aufl., 1913.
Kretzschmar,	Das Sachenrecht des B. G. B., 1906.
Krückmann,	Institutionen des B. G. B., 4. Aufl., 1912.
"	Pflichterfüllung u. Rechtsausübung, in Iherings Jahrb., Bd. 65, S. 209 ff.
Kuhlenbeck,	Von den Pandekten zum B. G. B., Bd. I u. II, 1899.
Lehmann-(Enneccerus),	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Bd. II, 1904.
Leist,	Ueber die Natur des Eigentums, in zivilist. Stud., Heft 3, 1859.
Frz. Leonhard,	Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899.
R. Leonhard,	Der allgemeine Teil des B.G.B., 1900.
v. Liszt	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 20. Aufl., 1914.
Lotmar,	Der Arbeitsvertrag, Bd. 1, 1902.
Maenner,	Das Sachenrecht nach B. G. B, 1906.
Manigk,	Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901 (zit. Manigk I).
"	Willenserklärung und Rechtsgeschäft 1907 (zit. Manigk II).
Marstrand,	Voraussetzungen und Gründe des Eigentumserwerbs durch Spezifikation. Diss. Leipzig, 1901.

Matthiaß,	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1910.
Meisner,	Das bürgerliche Gesetzbuch, Bd. III.
Mitteis,	Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, 1885.
Motive	zu dem Entwurf eines B. G. B., 1888.
Müller-Erzbach,	Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, in Iherings Jahrb., Bd. 53, S. 331 ff.
Oertmann,	Kommentar zum B. G. B., Allg. Teil, 2. Aufl., 1908.
"	Recht der Schuldverhältnisse, 3.—4. Aufl., 1910.
"	Zugehen und Vernehmen, im Recht 06, S. 721 ff.
Pauer,	Fragen aus dem Gebiet des Spezifikationserwerbs. Diss. Rostock 1915.
Planck,	Kommentar zum B. G. B., Allg. Teil, 4. Aufl., 1913.
"	Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren, 4. Aufl. 1914.
"	Sachenrecht, 3. Aufl. 1907.
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des B. G. B., 1897—1899.
Richter,	Zur Lehre von der Vertretung bei Nichtrechtsgeschäften. Diss. Rostock, 1913.
Riezler,	Der Werkvertrag, in Fischers Abhandlungen, Bd. IV, 1900.
Rosenberg,	Stellvertretung im Prozeß, 1908.

Rümelin,	Das Handeln im fremden Namen, im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 93, S. 131 ff.
Schmidt,	Voraussetzungen des Eigentumserwerbs durch Spezifikation. Diss. Leipzig 1903.
Seidel,	Eigentumserwerb durch Verarbeitung. Diss. Leipzig, 1913.
Siméon,	Recht und Rechtsgang, Bd. I, 2. Hälfte, 4. Aufl. 1909.
Sohm,	Institutionen, 15. Aufl., 1917.
Staudinger,	Kommentar zum B. G. B., 7.—8. Aufl. 1912.
Storz,	Beiträge zur Spezifikationslehre. Diss. Tübingen, 1903.
Sulzer,	Eigentumserwerb durch Spezifikation, 1884.
Titze,	Das Mißverständnis, 1910.
Tobias,	Eigentumserwerb durch Verbindung, im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 94, S. 371 ff.
v Tuhr,	Allgemeiner Teil des B. G. B., Bd. I, 1910; Bd. II, 1, 1914; Bd. II, 2, 1918.
Windscheid-Kipp,	Lehrbuch d. Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906.
Wolff,	Lehrbuch des Sachenrechts, 6.—8. Aufl. 1913.
"	Bau auf fremdem Boden, in Fischers Abhandlungen, Bd. VI, 1900.
Wolfgramm,	Das Problem der Gehilfenschaft und Stellvertretung bei der Verarbeitung. Diss. Greifswald, 1914.
Wunderlich,	Der Eigentumserwerb durch Verarbeitung. Diss. Rostock, 1904.

Reichsgerichtsentscheidungen, Bd. 70, S. 308 ff.; Bd. 72, S. 281 bis 285; Bd. 81, S. 3.

Reichsgericht in Strafsachen, Bd. 37, S. 329/30.

Reichsgericht in Gruchots Beiträgen, Bd. 58, S. 179.

Reichsgericht in Seufferts Archiv, Bd. 69, Nr. 107.

Reichsgericht in Goldtammers Archiv, Bd. 49, S. 117.

O. L. G. Hamburg, in Seufferts Archiv, Bd. 58, S. 101/02; derselbe Fall bei Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. IV, S. 312.

O. L. G. Stuttgart, in Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege, Bd. 21, S. 167 ff.

Landgericht Hamburg, in Hanseatische Gerichtszeitung, 1900, Beiblatt, S. 279/80.

K. K. oberster Gerichtshof, in Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des K. K. obersten Gerichtshofes, Bd. 40, (Bd. VI neue Folge) Wien, 1905, S. 611/12.

Ständige Abkürzungen:

D. J. Z. = Deutsche Juristen-Zeitung.
J. J. = Iherings Jahrbücher.

A. Einleitung.

§ 1. Abgrenzung des Stoffes; die an der Entscheidung der Eigentumsfrage zwischen Arbeiter und Arbeitsherrn besonders Interessierten.

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit der fremdwirkenden Spezifikation, also mit der Frage, wann jemand im Sinne von § 950 B. G. B. eine neue Sache herstellt, ohne daß er selbst, wie gemäß § 950 zunächst zu erwarten wäre, Eigentümer derselben wird, sondern wo der Eigentumserwerb in der Person eines dritten eintritt, wo also der Tatbestand von einer anderen Person hergestellt wird als der, die die Rechtsfolgen treffen. Wir haben es demnach mit einem Fall des unmittelbaren Rechtserwerbs durch Mittelspersonen zu tun.

Es scheiden somit für unsere Untersuchung aus: einmal die allgemeine geschichtliche Entwicklung der Spezifikationslehre mit ihren Streitfragen;[1]) ferner die bekannten, auch heute noch bestehenden Kontroversen, die sich an § 950 anknüpfen: wann eine „neue Sache" vorliegt;[2]) was unter „Wert der Verarbeitung" zu verstehen ist;[3]) und schließlich, ob es auch einen Spezifikationserwerb an eigenen Sachen, die z. B. mit fremden Rechten belastet sind, gibt. Für die letztere Streitfrage muß ich aber hervorheben, daß bei unserer Untersuchung die herrschende Ansicht zugrunde gelegt ist, die einen Spezifikationserwerb an eigenen Sachen anerkennt.[4]) [5])

---

[1]) Vgl. insbesondere die Ansichten der Sabinianer, Proculejaner, Justinians, worüber des näheren bei Windscheid-Kipp, § 187.

[2]) Darüber neuestens Emge a. a. O.

[3]) Dazu insbes. Schulz, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 105, S. 370 ff.

[4]) Wolff, § 73, Anm. 10; Biermann, § 950, Nr. 3; Kohler, Lehrbuch II, 2, S. 212 VII; Staudinger, § 950, Nr. 1 a; Meisner, § 950, Nr. 5; Kretzschmar, § 950; Dernburg, Bd. III, S. 368, Anm. 7; Block, S. 29 u. a. A. A. Fischer-Henle, § 950, Nr. 6; Riezler, S. 28/29.

[5]) Würde man diese Ansicht ablehnen, so käme man zu dem vom Gesetz jedenfalls nicht gewünschten Ergebnis, daß, wenn ein Dieb eine Verarbeitung vornimmt, er sich zum Beweise seines Eigentums auf die von ihm vorgenommene Verarbeitung berufen kann; wenn dagegen der Eigentümer seinen eigenen Stoff verarbeitet hat, diesem dann nicht diese Beweiserleichterung zuteil wird. Der Zweck des Gesetzes ist Schutz der produktiven Arbeit. Dieses Ziel wird aber am vollkommensten erreicht, wenn man auch einen Spezifikationserwerb des Eigentümers anerkennt und ihm damit die Beweiserleichterung zugute kommen läßt. Auch wegen des Erlöschens an der Sache bestehender Rechte ist Spezifikationserwerb an eigenen Sachen u. U. ebenso wertvoll und wünschenswert wie an fremden.

Nur die sachenrechtliche Seite der fremdwirkenden Spezifikation soll erörtert werden, also soweit die „Arbeit dinglichen Lohn trägt", soweit der Lohn für produktive Tätigkeit unmittelbar auf das Produkt dinglich radiziert wird zugunsten einer anderen Person als der die Arbeit verrichtenden; die schuldrechtlichen Fragen (Lohnanspruch gegen Vertragsgegner; Ansprüche auf Grund von § 951) werden nicht berücksichtigt.

Gewißheit über diese Frage, ob unmittelbare Fremdwirkung oder nicht, ob also der körperlich die Arbeit Verrichtende oder der Arbeitgeber, Besteller Eigentümer wird, zu erlangen, ist von großer Wichtigkeit für den, der infolge der Spezifikation einen Rechtsverlust erlitten hat; denn für den Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 951, Abs. 1) ist nur der Bereicherte der passiv Legitimierte,[1]) und der Bereicherte ist nur der unmittelbar Eigentümer Gewordene.[2])

Für das praktische Leben aber spielt die Entscheidung über die Eigentumsfrage zwischen Unternehmer und Besteller, Arbeiter und Arbeitgeber, die größte Rolle wohl im Prozeßrecht, bei der Zwangsvollstreckung, § 771 Z. P. O., und beim Konkurs, § 43 K. O., in das Vermögen des Unternehmers. Das lehrt auch eine Reihe von Fällen, die die Gerichte bis in die höchsten Instanzen beschäftigt haben;[3]) überall haben Gläubiger des Unternehmers eine Pfändung in das Vermögen des Unternehmers vornehmen lassen, daraufhin erhebt der Besteller des Werkes die Zwangsvollstreckungsgegenklage (Interventionsklage). Hier, insbesondere im Fall der Unzulänglichkeit des Unternehmervermögens, also beim Konkurse, wird die Eigentumsfrage brennend.[4]) Die Gläubiger des Unternehmers, der Besteller selbst und dessen Gläubiger haben also das größte Interesse an der Feststellung, ob eigen- oder fremdwirkende Spezifikation vorliegt.

§ 2. Uebersicht über die in Frage kommenden Tatbestände.

Eine Uebersicht über die mannigfachen Fälle im Leben, die für unsere Aufgabe in Betracht kommen können, wo also eine „Verarbeitung für andere" vorliegen dürfte, bringt Ebert, S. 76—80, auf den ich hiermit im allgemeinen verweisen möchte. Ueberhaupt darf man wohl sagen, daß in unserem

[1]) Vgl. Ebert, S. 76.

[2]) Dieser Satz erhält aber noch eine Einschränkung, vgl. unten, S. 26.

[3]) Vgl. die Fälle bei Klostermann, S. 416/17; Gruchot, S. 271; R. G. in Seuff. Arch., Bd. 69, Nr. 107; Sammlg. zivilrechtl. Entsch. d. ob. österr. Gerichtshofes, Bd. 40, S. 611/12.

[4]) Vgl. Wolfgramm, S. 43.

Zeitalter der Fabriken und des Großbetriebes die Fälle der fremdwirkenden Spezifikation weit häufiger sind als der einfache Fall des § 950, der der eigenwirkenden Spezifikation.

Ebert legt dar, daß ein solches Herstellen für einen anderen geschehen kann auf Grund eines Rechtsverhältnisses, aber auch ohne ein solches; für letzteren Fall nennt er als Beispiel, daß jemand aus geschwisterlicher Gefälligkeit, aus Freundschaft usw. für einen anderen tätig ist.

Wenn auf Grund eines Vertragsverhältnisses die Verarbeitung für einen anderen vorgenommen würde, so könne dies Verhältnis wieder privater oder öffentlich-rechtlicher Natur sein.

In Ausübung eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses erfolge sie z. B. dann, wenn ihrer Militärpflicht genügende Handwerker und Gewerbetreibende im zweiten Dienstjahr auf Kammer beschäftigt würden. Auch an die auf Grund Arbeitszwanges oder freiwillig arbeitenden Sträflinge sei zu erinnern, „die die mannigfachsten neuen Sachen anfertigen, von der einfachen Düte bis zum kunstvoll gedruckten Buch".

Im privaten Rechtsverhältnisse könne die Verarbeitung nun wieder geschehen auf Grund gesetzlicher[1]) oder vertraglicher[2]) Verpflichtung oder außerhalb jeder Rechtspflicht.[3])

Ob in allen diesen Fällen ausnahmslos eine fremdwirkende Spezifikation in unserem Sinne vorliegt, kann erst im Verlaufe der Ausführungen gezeigt werden; sie enthalten aber etwa die Rechtslagen, die für unsere Untersuchung in Betracht kommen.

Daß es nicht immer leicht ist zu entscheiden, ob fremdwirkende Spezifikation vorliegt oder nicht, sondern im Gegenteil recht schwierige Tatbestände sich ergeben können, soll zunächst an einer Uebersicht gezeigt werden. Es ist bei dieser Uebersicht ein Fall zugrunde gelegt, der sich bei Hommel, Rhapsod. l obs. 153 (vergl. Gruchot S. 271) findet. Indem ich den Grundtatbestand jeweils in der einen oder anderen Richtung einer Aenderung unterziehe, werde ich die einzelnen Möglichkeiten vor Augen führen.

Der Fall lautet: „Es hat ein Spizenhändler einem Klöppelmägden Zwirn, und zugleich ein Muster gegeben, daß sie nach solchem und daraus Spizen verarbeiten solle, welches sie auch getan, jedoch, nachdem ein Stüke fertig gewesen, dasselbe an ihre Muhme die Arethuse verkaufet, und es wird: ob der Spizenhändler K. ohne das Klöppelmägden zu belangen,

[1]) §§ 1356, Abs. 2; 1617 B. G. B.

[2]) §§ 611 — 30, Dienstvertrag; §§ 631 — 51, Werkvertrag; §§ 662 — 76, Auftrag; §§ 105 — 139, Gew. O., gewerblicher Arbeitsvertrag usw.

[3]) Geschäftsführung o. A. §§ 677 — 87 B. G. B.

gedachtes Stüke Spizen von Arethusen zu vindiciren berechtiget sey? Gesezmäßiger Unterricht begehret".

Uebersicht über den Fragenkomplex bei der fremdwirkenden Spezifikation:

A. Händler K hat das Garn geliefert:
- I. K hat dem Klöppelmädchen S ihm gehöriges Garn geliefert; diese hat:
  - 1. als selbständige Unternehmerin:
    - a) das vertragsmäßige Werk daraus hergestellt, wobei sie den Willen hatte:
      - aa) das Werk für K herzustellen;
      - bb) das Werk für sich herzustellen, und zwar:
        - 1) in Unkenntnis ihrer Verpflichtung;
        - 2) in Kenntnis ihrer Pflicht.
    - b) ein anderes Werk als verabredet hergestellt, und zwar:
      - aa) versehentlich:
        - 1) mit dem Willen für sich;
        - 2) mit dem Willen für K.
      - bb) absichtlich:
        - 1) mit dem Willen für sich;
        - 2) mit dem Willen für K.
  - 2. in K.'s Fabrik als Arbeiterin in den 7 unter 1. angegebenen Möglichkeiten die Spitze hergestellt.
- II. K hat ihm nicht gehöriges Garn geliefert, das er selbst aber nicht von anderer Seite zur Verarbeitung erhalten hat. (Hieran schließen sich die unter I angegebenen Möglichkeiten).
- III. K hat ihm nicht gehöriges, ihm selbst von E zum Klöppeln geliefertes Garn der S zum Verarbeiten gegeben, und diese:
  - 1. wußte von dem zwischen K und E bestehenden Verhältnis;
  - 2. wußte nicht davon, sie hielt also K für den Eigentümer.

  (Unter 1 und 2 würden bei vollständiger Uebersicht wieder je die 14 Möglichkeiten unter I folgen).

B. Händler K. hat nicht das Garn geliefert:
- I. Die S hat aus ihr gehörigem Garn für K die Spitze hergestellt:
  - 1. es war nichts weiter vereinbart;
  - 2. es war vereinbart, K sollte durch die Verarbeitung unmittelbar Eigentümer werden.

  (Da hier die oben unter A jedesmal aufgezählten

weiteren 14 Fälle, wie die Ausführungen unten ergeben werden, keine verschiedene Beurteilung zur Folge haben, braucht auf sie hier nicht mehr verwiesen zu werden).

II. S hat aus ihr nicht gehörigem, aber von ihr beschafftem Garn für K die Spitze hergestellt, wobei:
1. nichts weiter vereinbart war;
2. . . . (vergl. oben I 2).

III. S hat für K aus ihr nicht gehörigem Garn, daß ihr von anderer Seite, von D, zum Klöppeln für D geliefert war, die Spitze hergestellt und zwar (die beiden Möglichkeiten unter I und II sollen nicht getrennt angeführt werden):
1. ein gleiches Muster, wie mit D vereinbart war;
2. ein anderes Muster, als mit D vereinbart war. (In diesen Fällen treten also möglicherweise K, D und S hinsichtlich der Eigentumsfrage in Konkurrenz).

C. Es ist zweierlei Garn erforderlich, keins ist als bloße Zutat, als Nebensache anzusprechen. K liefert das eine, S das andere, oder auch von D geliefertes Garn wird mit verarbeitet, Hier kann also jeder Fall unter A mit jedem Fall unter B zusammentreffen, sodaß sich eine fast unübersehbare Fülle von Möglichkeiten ergibt.

Die vorstehende Uebersicht sollte nicht alle Möglichkeiten andeuten, um dadurch nicht unübersichtlich zu werden. Abschließend dürfen daher wohl noch folgende Fragen gestellt werden:

1. Würde es einen Unterschied ausmachen, wenn die Verträge zwischen K und S nichtig sind?
2. Würde sich eine andere Beurteilung ergeben, wenn es der S gestattet war, statt des gelieferten Garnes anderes zu verarbeiten, wobei wieder die beiden Fälle auseinandergehalten werden müssen, ob:
   a) grundsätzlich das gelieferte Garn verarbeitet werden sollte; oder ob
   b) hierauf kein Gewicht gelegt war (vgl. zu diesen Fragen Enneccerus, § 376 II, 1 b).
3. Wie wäre zu entscheiden in den Fällen unter A, B und C, wenn gar keine Bestellung vorlag? (In den Fällen unter A hatte S aus irgend einem Grunde Garn des K in Besitz oder sich verschafft).
4. Wie, wenn für mehrere gemeinsame Besteller die Arbeit

vorgenommen wird? Werden diese dann Eigentümer nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand?

5. Es darf auch wohl noch darauf hingewiesen werden, daß im Falle A III die Staffelung in der Weise weiter fortgesetzt werden könnte, daß wieder unterschieden wird, ob E Eigentümer ist oder nicht usw.
6. Auch kann im Falle A III noch wieder unterschieden werden, ob K, wie bestellt, das Muster durch die S hat herstellen lassen oder ein anderes, und zwar wieder absichtlich oder versehentlich.

Damit ist wohl zur Genüge gezeigt, welche Fülle und Vielfältigkeit von Rechtslagen bei der fremdwirkenden Spezifikation sich ergeben können.

Und für die Lösung dieses Labyrinths von Fragen steht uns zunächst nur der § 950 Abs. 1 zur Verfügung, welcher sagt: „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes".

Wer will es unternehmen, allein mit Hilfe des § 950 die ganzen Fragen zu entscheiden?

Halten wir deshalb zunächst einmal Umschau in anderen Gesetzbüchern und in der sich auf sie beziehenden Literatur, ob wir aus ihnen nicht Gesichtspunkte für die Lösung unserer Fragen entnehmen können.

§ 3. Geschichtlicher und rechtsvergleichender Ueberblick.

In den über Spezifikation „für einen anderen" handelnden Stellen im Corpus iuris[1]) finden wir überall wiederkehrend den Gegensatz, ob suo nomine oder alieno nomine spezifiziert sei; im ersten Falle läge eigen-, im zweiten Falle fremdwirkende Spezifikation vor.

Was heißt aber, suo, bezw. alieno nomine novam speciem facere?

Zu dieser Frage hat man sich in der älteren Literatur nicht geäußert, offenbar weil man keine Schwierigkeit in der Ausdrucksweise der Pandekten gefunden hat. In der Glosse fecisse zu Dig. 41, 1, 7, 7 heißt es nur, daß das alieno nomine Spezifizieren geschehen sein müsse: per alium mandatu praecedente vel ratihabitione sequente.

Wenn man im übrigen bei der Behandlung der Spezifikationslehre über die wörtliche Uebersetzung von alieno nomine

[1]) Dig. 41, 1, 24/25; Dig. 41, 1, 27, 1; Dig. 24, 1, 31, 1.

mit „im fremden Namen" hinausgegangen ist, so hat man das alieno nomine facere hier als Stellvertretung hingestellt.[1]) Zu der Frage, wie das alieno nomine juristisch anzusehen sei, ob als Stellvertretung oder nicht, nimmt auch keine Stellung z. B. Sohm, § 64, IV, wenn er sagt: „es komme nicht darauf an, ob man persönlich spezifiziere oder durch dritte"; wie letzterer auch Hommel in dem oben, S. 3 mitgeteilten Fall: cum quod quisque per alium facit, ipse fecisse putandus sit. Man rechnet also die Arbeit anderer dem Arbeitsherrn als eigene Arbeit zu.

Erst zu Anfang dieses Jahrhunderts hat sich Rümelin, S. 287, dem sich Enneccerus, § 194, Anm. 12 anschließt, genauer mit dem Ausdruck alicuius nomine novam speciem facere befaßt und ist zu dem Ergebnis gekommen, daß die Annahme eines Stellvertretungsverhältnisses hier unhaltbar sei.

Jürgensen, S. 102 meint: wie das alieno nomine rechtlich zu verstehen sei, könne dahingestellt bleiben. Es bedeute, daß der Spezifikant nicht Herr der Handlung sein wolle.

Was nun die Stellvertretungslehre anbelangt, so ist nicht einzusehen, warum in den Fällen, in denen ein anderer „für mich" an von mir gelieferten Stoffen eine Spezifikation vornimmt, dieser dritte als Stellvertreter für mich handelt, daß dagegen dann, wenn er aus eigenen Stoffen „für mich" eine Sache herstellt, die Stellvertretung notwendig ausgeschlossen sein soll. Ob jemand als Stellvertreter für mich handelt, liegt doch an dessen erklärter Willensrichtung. Und wie soll da in dem einen Falle dieser Wille möglich sein, im anderen wieder nicht? Und doch spricht man sich [2]) im ersten Falle für fremd-, im zweiten Falle für eigenwirkende Spezifikation aus. Damit aber zeigt sich doch, daß wir diese Vorgänge mit Hilfe der Stellvertretungslehre, wie wir sie kennen, nicht hinreichend zu erklären vermögen.

Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß es im römischen Recht zwei Spezifikationstheorien gab[3]): die Arbeitstheorie (infolge der Verarbeitung erwirbt der Verarbeiter unmittelbar ohne weiteres Eigentum) und die Okkupationstheorie (infolge der Verarbeitung des Stoffes zu einer neuen Sache erlöschen die bisherigen Rechte an der Sache, sie wird herrenlos und gelangt in das Eigentum des Okkupanten, des Arbeiters).

Welche Theorie als die richtige anzusprechen ist, dazu kann

[1]) So Ihering in J. J. (Iherings Jahrb.) Bd. I, S. 288, 334. Leist, S. 175; Sulzer, S. 90; Mitteis, S. 141.

[2]) vergl. Ihering in J. J. Bd. I, S. 288, Anm. 16; Czyhlarz, in Glücks Kommentar, Bd. 41, S. 370.

[3]) vergl. zu dieser Streitfrage Windscheid-Kipp, S. 187, Anm. 2.

im Rahmen dieser Untersuchung nicht Stellung genommen werden. Für unsere Betrachtungen sind die beiden Ansichten nur insofern von Wichtigkeit, als man von den beiden Theorien aus auch zu einer verschiedenen Auslegung der Worte cuius nomine gelangen wird.

Vom Standpunkt der Okkupationstheorie aus wird sich die Stellvertretungslehre sehr gut verteidigen lassen.[1]) Denn die Okkupation ist nach der richtigen Ansicht im römischen ~~und~~ und gemeinen Recht doch wohl ein Rechtsgeschäft gewesen.[2]) Bei Rechtsgeschäften aber steht der Annahme einer Stellvertretung nichts im Wege; die Frage, daß die Stellvertretung im römischen Recht nur zögernd und allgemein nie anerkannt worden ist,[3]) interessiert hier zwar nicht, jedenfalls aber wird sie bei der Okkupation als einer durch Besitzerlangung vermittelten naturalen Erwerbsart sehr früh anerkannt worden sein.[4])

Wenn also von der Okkupationstheorie aus sich die Stellvertretungslehre sehr wohl vertreten läßt,[5]) so ist damit aber für die Behandlung unserer Aufgabe nach B. G. B. nichts gewonnen, weil unser Gesetzbuch zweifellos nicht auf dem Boden der Okkupationstheorie, sondern dem der Arbeitstheorie steht.

Was sich aber vom Standpunkt der Arbeitstheorie aus den angeführten Pandektenstellen entnehmen läßt, ist äußerst zweifelhaft, zumal schon eine oder zwei Stellen einer kritischen Prüfung nicht standhalten.[6]) Man darf wohl sagen, daß wir

---

[1]) die oben S. 7 Zeilen 19 ff geäußerten Bedenken bleiben aber bestehen!

[2]) Vgl. z. B. nur Dernburg, Pandekten, 8. Aufl. 1910, Bd. I, S. 343; Sohm, § 64, I, die die Okkupation als Besitznahme einer Sache mit dem Aneignungswillen bezeichnen, die also den Eigentumserwerb eintreten lassen, weil er gewollt ist. Im übrigen vgl. zu dieser Streitfrage Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 311/12 und die daselbst Zitierten.

[3]) Mitteis, Römisches Privatrecht, Bd. I, S. 203 ff

[4]) Vgl. Mitteis, Röm. Privatrecht, Bd. I, S. 213.

[5]) sie führt aber nicht über die oben S. 7, Zeile 19 ff geäußerten Bedenken hinweg.

[6]) Der Wert der leges 24/25 muß ganz entschieden in Abrede gestellt werden; denn so, wie wir sie in Corpus juris vorfinden, haben sie zweifellos bei den römischen Juristen nicht gelautet. Besonders das non in lex 24 ergibt im Zusammenhang keinen Sinn. Dieses non findet sich nur in der Florentina, vgl. Oesterding, Lehre vom Eigentum, 1817, S. 259, Anm. 7. Aber auch wenn man das non streicht, bleiben Bedenken gegen die Stelle bestehen, vgl. Czyhlarz in Glücks Kommentar, Bd. 41 S. 364. Was bedeutet überhaupt das propter consensum domini? Wenn wirklich Spezifikation vorliegen sollte, wäre dem consensus domini doch wohl keine Bedeutung beizumessen Zu dem befriedigendsten Ergebnis gelangt man, wenn man annimmt, daß die leges 24/25 überhaupt nicht von der Spezifikation handeln, sondern vom Eigentumserwerb infolge Tradition; vgl. Rümelin, S. 287; Fitting S. 333; Göschen, Vorlesungen, 1838 — 40, Bd. II, S. 80; Siber in J. J., Bd. 67, S. 88, Anm. 2. — Ebenso liegt vielleicht im Falle von Dig. 41, 1, 27, 1 eine Tradition vor. Vgl. Rümelin, S. 287.

mit Hilfe der noch verbleibenden Stelle(n) das Wesen und damit auch den Umfang der fremdwirkenden Spezifikation aus den Quellen nicht feststellen können. Ob die Willensrichtung des Verarbeiters einen Einfluß gehabt hat, läßt sich nicht ersehen. Wir stehen damit wohl vor demselben Problem, wie es uns das B. G. B. bietet (so auch Rümelin, S. 283—87).

Auch aus dem Deutschen Recht können wir keine Gesichtspunkte für die Behandlung der fremdwirkenden Spezifikation entnehmen, weil das deutsche Recht überhaupt keine Spezifikation gekannt hat; erst infolge der Rezeption hat man der Arbeit eigentumserwerbende Kraft zugesprochen.[1])

Das A. L. R. I, 9, 304 ff. enthältt über die fremdwirkende Spezifikation keine Bestimmung; auch Förster-Eccius, Bd. III, § 176 II äußert sich nicht darüber; dagegen bemerkt Dernburg, Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., Bd. I, S. 566: „Geschah die Arbeit für einen Dritten, so wird dieser, nicht der Verfertiger Eigentümer", und Anm. 7: „dies ist anzunehmen, wenn der Arbeitsherr behufs Herstellung des Produks die Materialien oder wenigstens Geld für deren Anschaffung lieferte".

Sodann können wir dem Code civil (Art. 565—77) für unsere Frage nichts entnehmen, ebensowenig der zugehörigen Literatur.[2])

Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch nimmt ebenfalls nicht Stellung zu unserer Frage. Bei Pfaff[3]) wird nur hervorgehoben, daß die Verarbeitung ohne Bewilligung des Eigentümers mit dem Willen, den Stoff zu behalten, geschehen sein müsse; wer für den Stoffeigentümer arbeite, erwerbe das Eigentum nicht, so nicht der Gehilfe des Meisters. In einer Entscheidung des obersten Gerichtshofes[4]) wird gesagt, daß, „wer nach außen hin als alleiniger Gewerbeinhaber auftrete, als solcher auch als Alleineigentümer der in Ausübung seines Gewerbes angefertigten Einrichtungsstücke anzusehen sei". (Es handelt sich um die Frage, ob ein Ehemann, auf dessen Namen eine Möbeltischlerei betrieben wurde, — im übrigen aber ging der ganze Betrieb auf Rechnung der Frau, sie bezahlte das Material, die Arbeiter usw. — Eigentümer der in derselben angefertigten neuen Sachen würde oder die Frau). Sonst wird

[1]) Vgl. Schwerin, D. Rechtsgeschichte, 2. Aufl., S. 101; Hübner, Grundzuge (1919), S. 380 ff.

[2]) Vgl. Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, 1894, Bd. I, S. 577; Laurent, Principes de droit civil, 5. ed. Tome VI (1893), p. 403 04.

[3]) System des österr. allg. Privatrechts, 4. Aufl., Bd. I, S. 614/15.

[4]) Sammlung zivilrechtl. Entscheidungen, Bd. 40, S. 612.

in der Entscheidung ein Spezifikationserwerb durch „bedienstete Hilfsarbeiter" erwähnt.

Die Frage der fremdwirkenden Spezifikation wird gleichfalls im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 726 nicht und in der zugehörigen Literatur kaum behandelt. Der Kommentar von Wieland,[1]) enthält den kurzen Vermerk: „Wer im fremden Dienst verarbeitet, erwirbt das Eigentum für den Dienstherrn, wer infolge eines Werkvertrages oder Auftrages verarbeitet, erwirbt das Eigentum für den Geschäftsherrn". Zur Stütze für diese Ausführungen beruft sich Wieland auf die Literatur zu unserem B. G. B.

Während also in den zuletzt angeführten Gesetzbüchern nur von Verarbeitung schlechthin die Rede ist, nicht davon, ob man für sich oder für einen anderen herstellt, sollen nun noch einige angeführt werden, die eine dahingehende Bestimmung aufgenommen haben.

Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis II. Teil, Kap. 3, § 14 enthält folgenden Satz: der Verfertiger „erlangt das Eigentum, wenn im eigenen Namen" die Spezifikation vorgenommen ist.

Der „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Bayern" 1864, Art. 113, sah vor, daß „das Eigentum dem Verfertiger, bezw. dem, für welchen er die Umgestaltung vorgenommen habe, gehöre".

Das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" 1865, § 257 bestimmte,[2]) daß man das Eigentum erwürbe, wenn man „durch Verarbeitung oder Umbildung für sich eine neue Sache schafft". In den „speziellen Motiven" (Dresden, 1861), S. 655/56 dazu heißt es unter Nr. 5: „Die Worte „für sich" hat man aufgenommen, um dem Mißverständnis vorzubeugen, daß der Spezifikant selbst dann das Eigentum an der neuen Sache erwerbe, wenn er die Spezifikation nicht für sich, sondern für einen andern vorgenommen habe".

Man wird nicht behaupten können, daß die letztgenannten Gesetzbücher durch die Worte „im eigenen Namen", „für sich" die Frage der fremdwirkenden Spezifikation nennenswert geklärt hätten; den ob überhaupt nun bei der „Spezifikation für einen anderen" Sätze der Spezifikation Anwendung finden oder gar keine Aenderung in den Eigentumsverhältnissen eintritt, worin das unterscheidende Merkmal des Verarbeitens „für sich" und „für einen anderen" begrifflich zu erblicken sei, und wie sich ferner das Wesen der fremdwirkenden Spezifikation be-

[1]) Sachenrecht, Bd. IV, 1909, Art. 726, Nr. 4.
[2]) vergl. Gruchot, S. 277/78.

stimmen lassen soll, auf alle diese Fragen bekommen wir keine Antwort.

Wir müssen also unseren Ueberblick[1]) über die anderen Gesetzbücher schließen, ohne der Lösung des Problems der fremdwirkenden Spezifikation nennenswert näher gekommen zu sein.

Wie schon gesagt, nimmt das B. G. B. selbst in der Verarbeitungslehre zu unserer Frage nicht Stellung, sein Schweigen wurde schon bei der Entstehung des B. B. B. vielfach bemängelt[2]) Auch Fischer[3]) schlug die Aufnahme einer Bestimmung über die Verarbeitung durch andere vor. In der II. Kommission (Prot. III, S. 243) wurde ein dahingehender Antrag abgelehnt, indem man es als selbstverständlich bezeichnete, daß das Herstellenlassen dem Herstellen gleichstehe.[4])

B. Hauptteil.

Umfang und Wesen der fremdwirkenden Spezifikation nach B. G. B.

I. Wesen der Verarbeitung.

§ 4. 1) Notwendig menschliche Handlung.

Eine Untersuchung über das Wesen der fremdwirkenden Spezifikation hat naturgemäß ihren Ausgangspunkt zu nehmen von der Frage nach dem Wesen der Verarbeitung überhaupt.

Es ist nun nicht ganz unbestritten, ob die Verarbeitung notwendig menschliche Handlung voraussetzt, oder ob den Erfordernissen von § 950 B. G. B. auch die Entstehung einer neuen Sache durch Zufall genügt.

Die erstere Ansicht ist die herrschende.[5]) Daß für die Ver-

---

[1]) Bemerkenswert für die in unserer Uebersicht S. 4 ff unter B gebrachten Möglichkeiten sind noch: Klostermann, S. 416/17 und Fitting, S. 333, Anm. 109.

[2]) Vgl. Rieß, Gutachten aus dem Anwaltsstande, S. 662.

[3]) Problem der Indentität und der Neuheit, S. 71.

[4]) Gegen die Gleichstellung von Herstellen und Herstellenlassen vgl. unten, S. 57

[5]) Einige ihrer Anhänger seien genannt: Staudinger, § 950, Nr. 5 a; R. G. Kommentar, § 950, Nr. 2; Enneccerus, § 128 III, 3; Emge, S. 28, 29, 30; Lotmar, S. 72, 73, 76; Frohwein, S. 6—8; Jürgensen, S. 27. 33; Gablenz, S. 27, 40; Schmidt, S. 8—9; Cosmann, S. 42—44; Kießling, S. 22—23; Ebert, S. 30—34; Eltzbacher I, S. 220; Seidel, S. 4; Aden, S. 28; Kohler, Lehrbuch II, 2, S. 209; Endemann, II, 1, S. 548; Mot. III, S. 241; Prot. III, S. 360.

arbeitung in § 950 ein zufälliges Entstehen einer neuen Sache ausreiche, dafür haben sich nur wenige erklärt.[1])

Zweifellos kann nur die herrschende Meinung als die allein richtige bezeichnet werden.

Für sie spricht einmal schon der Wortlaut des § 950: „wer herstellt"; damit kann doch nur ein Mensch gemeint sein.

Ferner zwingt zu dieser Stellungnahme auch der Begriff der „Verarbeitung" im § 950. Denn was ist doch Arbeit? Arbeit ist planmäßiges Handeln auf einen Erfolg hin; der Erfolg muß vorausgesehen und erstrebt sein; zwar nicht in seinem ganzen Umfange genau, sondern als im allgemeinen begehrter. Schießt z. B. der Erfolg über das vorausgesehene Ziel hinaus, — die Arbeit wird bedeutend wertvoller als man erwartet hatte, man hatte nur eine mittelmäßige Sache herzustellen gehofft, in Wirklichkeit wird es ein Glanzprodukt, und erst infolge dieses ausnahmsweise guten Erfolges wird das Wertverhältnis des § 950 (nicht außer Verhältnis zu dem Rohstoff) erreicht; insoweit muß dem Hersteller auch „das Gelingen einer glücklichen Stunde" (Kohler) zugute kommen.

Immerhin muß man also auf den Arbeitserfolg in gewissem Grade hingezielt haben. Das ist z. B. nicht der Fall, wenn ich mit jemand eine Wette schließe dahin, daß es ihm nicht gelingen wird, allein eine bestimmte Maschine eine gewisse Zeit lang ohne Unterbrechung in Bewegung zu halten, wobei er nicht weiß, daß diese Maschine nun zu irgend einem Produktionsprozeß in Tätigkeit ist. Da hier der andere nur das Drehen der Maschine im Auge hat, hinsichtlich des Erfolges bei ihm kein „bewußter und gewollter Akt (Mot. III, S. 360), bei welchem der Wille, auf die Herstellung der neuen Sache gerichtet ist", vorliegt, so kommt er nicht als Spezifikant in Betracht, sondern ich bin, da ich allein den Erfolg voraussah, und mich zur Erreichung dieses Erfolges des anderen bediente, wohl als mittelbarer Spezifikant[2]) anzusehen. Dieser Fall gehört nicht zur Gruppe der fremdwirkenden Spezifikation in unserem Sinne.

Wenn ich andererseits aus Versehen Trauben zu Most zerquetsche,[3]) so liegt überhaupt keine Spezifikation vor, es fehlt jedes Hinarbeiten auf einen Erfolg.

---

[1]) Rehbein, Allg. Teil, 1899, S. 101; Lehmann, § 62, Ziff. 2; letzterer stellt Verarbeitung mit Verbindung und Vermischung auf eine Stufe: Kretzschmar, Vorbem. 2 vor § 946; Bechmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 47, S. 47—49 hat diese Ansicht für das römische und gemeine Recht vertreten.

[2]) Analog der mittelbaren Täterschaft im Strafrecht, vgl. v. Liszt, § 50, II.

[3]) Beispiel von Fitting, S. 344.

Zwar spricht man auch wohl davon, daß eine Maschine, daß ein Tier arbeitet, aber Arbeit als schutzwürdige produktive Tätigkeit im Sinne von § 950 kann nur ein Mensch leisten. Damit braucht aber der Spezifikant naturgemäß nicht mit seiner Hände Arbeit allein den Erfolg herbeizuführen, auch eine Verarbeitung unter Benutzung von Tieren und Maschinen erfüllt den Tatbestand des § 950. „In vielen Fällen ist die Zuhilfenahme einer Naturkraft bei der Verarbeitung schlechthin unerläßlich,[1])

Gleichgültig ist es, „ob zur Erfüllung des Spieltriebes, zu Erholungszwecken oder zum Zweck nationalökonomischer Güterbeschaffung gearbeitet wird."[2]) Im Gegensatz zum Arbeitsvertrag ist es auch bedeutungslos,[3]) „ob die Arbeit rechtswidrig, unsittlich ist oder nicht".

Da die Verarbeitung des § 950 menschliche Arbeit begrifflich voraussetzt, so ergibt sich damit ein Gegensatz zu den vorhergehenden Begriffen „verbinden, vermischen," usw. in den §§ 946—49. Auch diese können durch menschliche Tätigkeit geschehen, erfordern sie aber nicht. Mögen sie durch Menschen vorgenommen werden, oder infolge „blindwaltender Naturkräfte" eintreten, ihr Wesen ändert sich dadurch nicht. Verbinden, Vermischen sind und bleiben lediglich Naturtatsachen, lediglich das objektive Geschehen, das Ereignis als solches, der Eintritt der in §§ 946 ff. bestimmten Tatsachen führt die dort angegebenen Rechtsfolgen herbei. Dagegen ist „Verbinden in Ausübung eines Rechts" (§ 95 Abs. 1 Satz 2 B. G. B.) notwendig menschliche Handlung.[4])

§ 5. 2) Die Verarbeitung ist immer Tathandlung, Realakt.

Nachdem wir festgestellt haben, daß die Arbeit begrifflich menschliche Tätigkeit voraussetzt, handelt es sich nun darum, sie ins System der rechtlich bedeutsamen Vorgänge einzugliedern, ihre Rechtsnatur festzustellen.

---

[1]) Cosmann, S. 45. Die Ansicht von Cosmann, S. 47—49, der dann die Maschinen oder wenigstens den Hersteller derselben als Spezifikanten ansehen will, wenn die Maschine eigens für einen bestimmten Produktionsprozeß hergestellt ist, ist abzulehnen. Vgl. auch Kießling, S. 23, Anm. 8.

[2]) Emge, S. 29.

[3]) Vgl. Emge, S. 30; Lotmar, S. 110; vgl. auch R. G. in Goldtammers Archiv, Bd. 49, 117: Verarbeitung gestohlenen Papiers.

[4]) Vgl. Tobias, S. 409 ff.; Wolff, Bau auf fremden Boden, S. 74 ff.

Und da ist es nun streitig, ob die Verarbeitung ein Rechtsgeschäft, eine Rechtshandlung oder eine bloße Naturtatsache ist. Die letztere Ansicht ist im vorstehenden (§ 4) schon widerlegt worden.

Eine immerhin beachtenswerte Gruppe von Schriftstellern hat die Verarbeitung zu den Rechtsgeschäften gerechnet.[1]) Andere betrachten die Spezifikation nicht schlechthin als Rechtsgeschäft, aber doch, wenn ein auf den Rechtserfolg gerichteter Wille vorhanden war.[2])

Sonst aber wird in der gesamten Literatur einmütig der Standpunkt vertreten, daß die Verarbeitnng jedenfalls kein Rechtsgeschäft ist.

Was verstehen wir nun unter einem Rechtsgeschäft? Nach den Mot. I, S. 126 ist ein Rechtsgeschäft „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist".

Diese Definition ist von mehr als einer Seite beanstandet worden. Wenn Manigk (I, S. 16—99) dagegen geltend macht, daß nicht jedes Rechtsgeschäft eine Willenserklärung enthalte, — Manigk unterscheidet nämlich entgegen der noch wohl vorherrschenden Ansicht[3]) zwischen Willenserklärungen und Willensbetätigungen — so brauchen wir zu diesen Ausführungen nicht besonders Stellung zu nehmen; denn Manigk II, S. 416/17, verlangt auch bei den Willensbetätigungen „einen auf den Rechtserfolg des Verhaltens gerichteten Willen". Der Rechtserfolg ist also sowohl bei der Willenserklärung wie der Willensbetätigung gewollt.[4])

Jedoch in einer anderen Hinsicht kann man die Definition der Motive nicht als zutreffend bezeichnen. Es gibt zwar Rechtsgeschäfte, die nur aus einer Willenserklärung bestehen;

[1]) Kuhlenbeck, Bd. II, S. 540; Kohler (des öfteren, insbesondere) J. J. Bd. 18, S. 134; Lenel J. J Bd. 36, S. 5; Eck-Leonhard, Bd. II, § 134, Anm. 3; R. Leonhard, S. 258—90: „eine dem Rechtsgeschäft ähnliche Rechtshandlung"; Mitteis, S. 151 „einseitiges Rechtsgeschäft".

[2]) Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877, S. 182; Gablenz, S. 41.

[3]) Vgl. Enneccerus, § 136 A, 2 und Anm. 7.

[4]) Wenigstens als gewollt erklärt; denn nur „die Erklärung ist die Form, in der dem Willen des einzelnen ein unmittelbarer Einfluß auf die Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen eingeräumt ist, obwohl für den Eintritt ihrer Rechtsfolge nicht das Vorhandensein des darauf gerichteten Willens wesentlich ist", Eltzbacher I, S. 156/57. Ein wirklich entsprechender Wille ist nicht positives Tatbestandsmoment; Enneccerus, § 140, II; Rosenberg, S. 40. Es genügt die typische „Form, in welcher der subjektive Wille innerhalb der ihm vom Recht angewiesenen Schranken seine Rechtsschöpferische Tätigkeit entfaltet". Jhering, Geist, S. 134.

für sie reicht dann die Definition der Motive aus. Hier deckt sich Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Es gibt aber auch Rechtsgeschäfte, die noch mehr Elemente enthalten als eine Willenserklärung.[1]) Man bezeichnet daher besser das Rechtsgeschäft als einen „Tatbestand, der[2]) eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von solchen enthält und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist".[3])

Untersuchen wir von diesem Ergebnis aus, ob es berechtigt ist, bei der Spezifikation von einem Rechtsgeschäft zu reden. Kohler[4]) meint, die Spezifikation sei deswegen ein Rechtsgeschäft, weil sie „außer dem Natureffekt einen Rechtseffekt habe"; allgemein gesprochen: ein Rechtsgeschäft liege vor, „wenn aus einer Handlung Rechtsfolgen hervorgingen, und zwar Folgen, welche nicht schon mit dem Natureffekt gegeben seien". „Dabei muß bemerkt werden, daß die Absicht des Spezifikanten zwar auf den Natur-, nicht aber auf den Rechtseffekt gerichtet zu sein braucht". Besonders aus den letzten Worten Kohlers geht klar hervor, daß er unter Rechtsgeschäft etwas ganz anderes versteht als die herrschende Lehre und unser Gesetzbuch, die die Rechtsfolgen beim Rechtsgeschäft deswegen eintreten lassen, weil sie gewollt sind.[5]) Kohler hat sich denn auch in seinem Lehrbuch[6]) veranlaßt gesehen, gegenüber den gegen seinen Rechtsgeschäftsbegriff gerichteten Angriffen nicht mehr die Spezifikation unter die Rechtsgeschäfte zu zählen.

Kuhlenbeck, Bd. II, S. 540 meint, er müsse daran festhalten „daß die Spezifikation eine Privatwillenserklärung ist, allerdings eine einseitige, nicht empfangsbedürftige, die nicht nur Willensfähigkeit in abstracto, sondern auch eine konkrete, auf Erwerb des Eigentums gerichtete Willensbestimmung voraussetzt". Kuhlenbek behauptet also in aller Form, daß die

[1]) z. B. der Vertrag enthält zwei gegenseitige Willenserklärungen: die Uebereignung bei Grundstücken erfordert Einigung (zwei gegenseitige Willenserklärungen) + Eintragung; vgl. insbes. zu diesen Fragen Enneccerus, § 136 B, 1; Wolff, § 38, II, § 66, I; Manigk I, S. 92; vergl. insbesondere auch unten S. 46 Anm. 4

[2]) Als begriffswesentliches (vgl. Manigk II, S. 639) „ausschlaggebendes" (Eltzbacher I, S. 123) Moment, als „Hauptstück" (Eltzbacher I, S. 148), als „Inhalt und Richtung bestimmend" (Oertmann I, S. 295 I, 2).

[3]) So Enneccerus, § 136 II; vgl. auch Planck, Vorbem. I, 1 zum 3. Abschnitt des Allg. Teils; Manigk I, S. 92; II, S. 639; Oertmann I, S. 295/96; Eltzbacher I, S. 121—25; besonders die daselbst S. 121, Anm. 2 Zitierten.

[4]) J. J. Bd. 18, S. 133.

[5]) Vgl. gegen Kohler denn auch in diesem Sinne Manigk II, S. 768 und Storz, S. 86.

[6]) I, S. 580/81; II, 1, S. 211 VI.

Spezifikation ein Rechtsgeschäft ist, weil er eine auf Eigentumserwerb gerichtete Willenserklärung verlangt.

Demgegenüber muß zunächst darauf hingewiesen werden, daß diese Ansicht keine Anhaltspunkte im Gesetz findet; der § 950 enthält keinen Hinweis auf solche Auslegung.

Sodann kann aber auch das Ergebnis, zu dem eine solche Auffassung führt, nicht befriedigen. Denn nach dieser Lehre wäre „die Spezifikation ein faktisches Privileg der Juristen".[1]) Nur wer die Tragweite seiner Spezifikationshandlung übersähe und sie mit dem Eigentumserwerbswillen vornähme, dem würden die „Wohltaten" des § 950 zugute kommen. Aber wer würde denn den Eigentumserwerbswillen bei der Spezifikation haben? Doch nur der, der sich bewußt ist, fremde Stoffe zu verarbeiten, also der im allgemeinen eine unerlaubte Handlung Begehende. Grundsätzlich nur der verwerfliche Wille würde also mit rechtlichem Erfolge gekrönt entgegen dem Grundsatz des § 138 B. G. B.: „Ein Rechtsgeschäft, daß gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig". Wir können also Kohlers oben zitierte Worte dahin ergänzen, daß die Spezifikation nach B. G. B. in Konsequenz der Kuhlenbeckschen Meinung lediglich ein Privileg der rechtskundigen Delinquenten sein würde. Ein solch verfehltes Ergebnis kann aber nicht Gesetzeswille sein.

Somit müssen wir die Rechtsgeschäftsnatur der Spezifikation aufs entschiedenste ablehnen. Auch mit der von Karlowa und Gablenz[2]) vertretenen modifizierten Rechtsgeschäftstheorie, nämlich daß ein Rechtsgeschäft dann in der Verarbeitung zu erblicken sei, wenn der Verarbeiter einen auf den Rechtserfolg gerichteten Willen gehabt hat, können wir uns nicht befreunden: gegen diese Ansicht sprechen dieselben Bedenken, wie gegen die von uns soeben abgelehnte reine Rechtsgeschäftstheorie. Daher ist auch hier ein solcher auf den Rechtserfolg gerichteter Wille, wenn vorhanden, irrelevant; das Wesen der Verarbeitung wird dadurch nicht berührt; andernfalls müßte man auch ein Delikt als Rechtsgeschäft ansehen, daß vorgenommen ist, weil man die vorausgesehenen Rechtsfolgen herbeiführen wollte.[3])

„Es ist daran festzuhalten, daß, wo eine auf die bezweckte Rechtsfolge unmittelbar gerichtete Willenserklärung für den Eintritt dieser Folge nicht rechtsnotwendig ist, ein Rechtsgeschäft nicht vorliegt" (Rosenberg, S. 52).

[1]) Kohler, J. J., Bd. 18, S. 134.
[2]) Vgl. oben, S. 14, Anm. 2.
[3]) Klein, S. 20, II, 1; derselbe in Seuff. Bl. f. Rechtsanw., Bd. 76 S. 116/17; Manigk I, S. 47; Manigk II, S. 25, 681.

Allein die herrschende Lehre ist also beifallswert, die die Spezifikation unter die Rechtshandlungen zählt. Unter Rechtshandlungen versteht man [1]) alle diejenigen erlaubten,[2]) rechtlich bedeutsamen Handlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind, „an die sich rechtliche Wirkungen anschließen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob dieselben von dem Handelnden gewollt sind oder nicht", Mot. I, S. 127.

Und zwar fällt die Spezifikation, wenn wir die Rechtshandlungen noch wieder weiter einteilen wollen, unter den Begriff der „Realakte" (vgl. Enneccerus, § 128, III, 3; Bekker, § 82, Anm. 11), die Biermann I, § 38 und v. Tuhr II, 1, S. 112 als „Tathandlungen" und Klein, S. 29/30 u. ff. als „rein äußere Handlungen" bezeichnen.

An den tatsächlichen von Menschenhand herbeigeführten Erfolg als solchen knüpfen sich also die Rechtsfolgen; danach beantwortet sich auch die Frage, die in den Mot. III, S. 360 offen gelassen und „der Entscheidung in der Wissenschaft und Praxis vorbehalten" war, ob die Spezifikation auch von geschäftsunfähigen Personen vorgenommen werden kann. Jeder Mensch kann spezifizieren, der den tatsächlichen Erfolg herbeiführen kann, wer auf einen Erfolg hin zu arbeiten vermag. Ein natürlicher Wille ist ausreichend; das von einigen [3]) aufgestellte Erfordernis, daß der Spezifikant wenigstens beschränkt geschäftsfähig sein müsse, ist sonach mit der herrschenden Lehre abzulehnen.

Ernste Zweifel sind denn auch in neuerer Zeit hinsichtlich des Rechtscharakters der Spezifikation nicht mehr laut geworden.

Dagegen bestehen auch heute noch große Meinungsverschiedenheiten über die Fragen, die wir jetzt behandeln werden.

---

[1]) Vgl. Klein, S. 1.

[2]) Das Moment der Erlaubtheit pflegt man allgemein in die Begriffsbestimmung aufzunehmen, so auch Enneccerus, Bd. I, S. 340/41 und § 128, III, 2, 3; Eltzbacher I, 2. Buch; II, S. 55, Z. 3 u. S. 70 ff.; Biermann. Allg. Teil, S. 116/17; Oertmann I, S. 295 I, 1; Planck I, S. 223, Anm. 2; m. E. nicht ganz mit Recht; denn die Rechtsfolgen der Verarbeitung treten auch dann ein, wenn das Verarbeiten in Realisierung eines verbrecherischen Willens geschieht. Dann ist das Verhalten doch nicht erlaubt, nicht rechtmäßig; trotzdem tritt Eigentumserwerb ein. Man würde deshalb die Rechtshandlungen wohl besser bezeichnen als Handlungen, die ihre rechtlichen Wirkungen auch ungewollt herbeiführen, deren Eintritt als solcher aber nicht auf Mißbilligung der Rechtsordnung beruht; die infolge Mißbilligung vom Recht mit Rechtsfolgen ausgestatteten Handlungen sind demgegenüber die unerlaubten. Ein und dieselbe Handlung, z. B. die deliktische Verarbeitung kann Wirkungen haben, die nach der einen Seite nicht rechtlicher Mißbilligung, aber auf der anderen einer solchen Mißbilligung ihr Dasein verdanken.

[3]) Fitting, S. 345; R. Leonhard, S. 260, Nr. 1; S. 309, III; Kuhlenbeck, Sd. II, S. 450.

II. Umfang der fremdwirkenden Spezifikation (Grundsätzliches).

§ 6. 1) Die zu berücksichtigenden Fragen.

Bei der Untersuchung über den Umfang der fremdwirkenden Spezifikation muß man m. E. folgende Fragen scharf auseinander halten:

1. Können die ex lege eintretenden Wirkungen des § 950 durch Parteivereinbarung als solche anders geregelt werden?

2. Findet der § 950 auch dann Anwendung, wenn die Arbeit auf Grund eines Arbeitsvertrages geleistet wird, oder nicht? Wenn er hier gilt, bleiben dann die gesetzlichen Wirkungen des § 950 unbeeinflußt (d. h. wird immer der Verarbeitende Eigentümer) oder werden die Wirkungen durch das zugrunde liegende Vertragsverhältnis bestimmt?

Die Fragen, ob der § 950 in Vertragsverhältnissen überhaupt keine Anwendung findet oder ob sich seine Wirkungen nach dem Vertragsverhältnis bestimmen, sind nicht etwa identisch. Im ersten Fall liegt gar keine Spezifikation vor, die an der verarbeiteten Sache bestehenden Rechte bleiben unberührt; im zweiten Fall hat die Verarbeitung rechtserwerbende, rechtsändernde Kraft, nur wen die Wirkungen treffen, bestimmt sich nach dem Vertragsverhältnis. Damit bleibt aber zwischen dem letzten Fall und dem unter 1) genannten auch noch wieder ein Unterschied. In dem einen Falle vereinbaren die Parteien über den § 950 als solchen nichts, sie vereinbaren nur ein Vertragsverhältnis (obligatorischer Arbeitsvertrag), das als solches die Bestimmungen des § 950 modifiziert; im andern Fall (1) treffen sie über die Wirkungen der Spezifikation selbst als solche dem § 950 widersprechende (dingliche) Verabredungen.

3. Sodann, wenn wirklich ein anderer als der „Arbeiter" Eigentümer gemäß Parteivereinbarung wird, muß man sich immer noch wieder fragen, ob der andere Eigentümer geworden ist, weil über den § 950 die Parteivereinbarung abweichende Regelung getroffen hat, oder ob der andere Eigentümer geworden ist auf Grund eines zwischen den Parteien vereinbarten antezipierten constitutum possessorium oder einer antezipierten brevi manu traditio.[1])

Dieser Fall 3) scheidet für die Behandlung unserer Aufgabe aus; denn durch solche antezipierten Geschäfte werden die Wir-

[1]) const. poss. bei der Besitzmittelung; brevi manu traditio, falls Verarbeiter Besitzdiener. Eine solche Parteivereinbarung dürfte aber in Wirklichkeit kaum jemals vorkommen, vgl. Frz. Leonhard, S. 113.

kungen des § 950 als solche nicht beeinflußt. Zunächst erwirbt immer der Verarbeiter das Eigentum in seiner Person, wie es § 950 vorschreibt, und alsdann geht es auf den Nachmann über; nicht unmittelbarer Rechtserwerb auf Grund von § 950 tritt für den Nachmann ein.[1])

Diese verschiedenen Gesichtspunkte hat man bisher bei der Behandlung unserer Frage nicht immer mit der erforderlichen Klarheit auseinandergehalten.[2])

§ 7. 2) § 950 zwingendes oder nichtzwingendes Recht? Insbesondere v. Bonins Ansicht.

Grundlegend für unsere Stellungnahme zu den im § 6 unter 1) und 2) aufgeworfenen Fragen muß sein die Entscheidung darüber, ob § 950 zwingendes oder nichtzwingendes Recht enthält.[3])

---

[1]) So wohl richtig Oertmann, § 399, 1 g γ; Hoffmann, S. 37: „Das Recht muß, wenn auch nur einen Augenblick, dem Vormann zugestanden haben". Anders Planck II, S. 550, der annimmt, das Recht käme in der Person des Vormanns garnicht zur Entstehung. Im übrigen kann auf die sehr bestrittene Frage der antezipierten Geschäfte, insbesondere über künftige Sachen hier nicht eingegangen werden. Vgl. v. Tuhr, II, 1, S. 383, Anm. 116, woselbst weitere Literaturangaben; für die Möglichkeit der antezipierten Geschäfte besonders Müller in Gruchots Beitr., Bd. 54, S. 226 ff. und die Diss. Hoffmann. Dagegen vor allem Wolff, §§ 66 u. 67.

[2]) Dieser Vorwurf kann auch wohl nicht dem O. L. G. Celle und dem R. G. in dem in Seuff. Arch., Bd. 69, Nr. 107 mitgeteilten Falle, wenigstens soweit die dort abgedruckten Entscheidungsgründe ersehen lassen, erspart bleiben. Beide Instanzen haben nicht unterschieden, ob der dem § 950 widersprechende Eigentumserwerb auf Grund einer den § 950 außer Kraft setzenden Parteivereinbarung eingetreten sein oder ob ein antezipiertes constitutum vorliegen sollte.

[3]) Daß es berechtigt ist, auch im Sachenrecht zwischen zwingendem und nichtzwingendem Recht zu unterscheiden, auf diese Frage brauchen wir wohl nicht näher einzugehen. Sie wird verneint nur von Ehrlich, S. 7 ff. Aber es wird doch heute in keinem Kommentar und Lehrbuch bestritten, daß z. B. § 946 zwingendes Recht enthalte. Gegen Ehrlich denn auch Tobias, S. 458, Anm. 133. Auch nach Windscheids Formulierung (Pandekt. § 30 a. A.) kann man die zwingende Natur des § 946 nicht leugnen. Die Konsequenzen, die Ehrlich, S. 1 ff. aus Windscheids Formulierung zieht, beruhen m. E. auf einer falschen Auslegung von Windscheids Worten. Im übrigen besteht denn auch nicht der Gegensatz zwischen Ungers und Windscheids Ansichten über das zwingende Recht, wie ihn Ehrlich, S. 1 ff konstruiert. Sowohl nach Unger wie Windscheid handelt es sich um Schranken, die anderweiter Parteivereinbarung, also den Rechtsgeschäften der Parteien bei bestimmtem Tatbestande gesetzt sind; vgl. auch Hölder, Krit. Viertelj. Schr., Bd. 42, S. 478. Daß die Parteien aber nicht durch Herstellung eines anderen Tatbestandes (es wird z. B. ein Erbbaurecht bestellt, in dessen Ausübung ein Bauwerk auf fremdem Grundstück errichtet wird; hier treten dann die Wirkungen des § 946 nicht ein, weil ein anderer Tatbestand mit seinen Rechtsfolgen Platz greift, nämlich § 95, Abs. 1, Satz 2) andere Wirkungen erzielen können, hat Windscheid mit seiner Definition offenbar nicht sagen wollen.

Daß § 950 ius cogens sei, dafür hat sich eine nicht unbedeutende Zahl von Schriftstellern erklärt.[1])

Daß die gesetzlichen Folgen des § 950 durch Parteiwillen anderweitig bestimmt werden können, also ius dispositivum vorliege, nimmt die wohl vorherrschende Meinung an.[2]) Vielfach ist auch die Stellungnahme der Autoren nicht ganz klar; so kann man z. B. bei Kohler[3]) nicht bestimmt entscheiden, ob er eine anderweitige Parteivereinbarung als solche zulassen will oder ob die von ihm angegebenen Wirkungen auf einem const. poss. beruhen.

Der ersten Ansicht gebührt der Vorzug.

Man kann sich zwar nicht, wie es Cosmann, S. 52, tut, auf Planck, Vorbem. zum Sachenrecht 2, a u. b oder auf Biermann, Vorb. z. Sachenrecht 6 c berufen, um damit schon eine Vermutung für die zwingende Natur des § 950 von vornherein festzustellen. Beide sprechen nur aus, daß hinsichtlich der Zahl und des Inhalts[4]) der dinglichen Rechte das Sachenrecht durch Parteivereinbarung grundsätzlich nicht abänderbar sei. Um diese Frage handelt es sich jedoch in unserem Fall nicht.

Aber ich meine, wenn wie in § 950 der Eigentumserwerb ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben eintritt, dann wäre es nicht zu begreifen, daß der Wille, das Eigentum zu erwerben oder nicht zu erwerben, auch bei Bösgläubigkeit berücksichtigt würde. Es wäre ein Hohn auf das Rechtsgefühl, wenn bei einem Hersteller, der einen sogar den Tatbestand einer strafbaren Handlung bildenden Willen realisierte, die Rechtsordnung folgenden Satz sanktionierte: „Wer herstellt,

[1]) Wolff, § 73, Anm. 15; Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes, 1911, S. 11; Cosmann, S. 52; Kießling, S. 29, 30, 32, 37; Ebert S. 70; zu dieser Ansicht neigt auch Block, S. 25; Busch, S. 37. Vor allem aber Manigk, Bd. I, S. 30, 53, 187; II, S. 645 ff., 663 ff. und Klein, des öfteren vgl. z. B. nur S. 22, die darauf hinweisen, es entspräche dem Wesen der Rechtshandlungen, daß bei ihnen dem Parteiwillen kein Raum gegeben sei.

[2]) Planck, § 950, Nr. 3; derselbe 4. Aufl., § 950, Nr. 1 c; Staudinger, Vorbem. III vor § 946; Crome, Bd. III, S. 358, Anm. 1 u. 2, S. 364, Anm. 2; Bd. II, § 264, Anm. 20; Rümelin, S. 284; Bonin, S. 121; R. G. Str., Bd. 37, S. 330; L. G. Hamburg in Hans. Ger. Ztg. 1900, Beibl., S. 279/80: „Man wird dem § 950 nicht einen derart zwingenden Charakter beilegen dürfen, daß man annimmt, der Bearbeiter werde auch dann Eigentümer der neuen Sache, wenn dies einer . . . Vereinbarung widerspricht"; Wunderlich, S. 25; Hoffmann, S. 40. Auch eine Vereinbarung im allgemeinen scheinen zuzulassen O. L. G. Celle und R. G. in Seuff. Arch., Bd. 69, Nr. 107; u. a.

[3]) Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 18, S. 102, Anm. 109.

[4]) Dagegen erklärt ganz allgemein, daß die Vorschriften des Sachenrechts grundsätzlich zwingend sind, Kretzschmar, S. 2, III.

kann das Eigentum erwerben und erwirbt es, wenn er nichts anderes will".[1])

Wenn das Gesetz die Fälle der Spezifikation in gutem und bösem Glauben gleich behandelt,[2]) so geht daraus hervor, daß das „Gesetz eigene Zwecke verfolgt. Es krönt das Arbeitsresultat als solches und um seiner selbst willen mit rechtlicher Anerkennung, wenigstens in sachenrechtlicher Hinsicht. Es schafft den Rechtssubjekten hier nicht ein Werkzeug zur willkürlichen Rechtsveränderung".[3])

Die Ansicht, daß § 950 dispositives Recht enthalte, finden wir näher begründet nur bei v. Bonin a. a. O., mit dem wir uns nunmehr noch auseinandersetzen wollen.

v. Bonin stützt seine Meinung, daß § 950 dispositives Recht enthalte, mit einem Hinweis auf die vorhergehenden §§ 947/48. Tobias (S. 458—68) tut demgegenüber m. E. überzeugend dar, daß den Parteivereinbarungen als solchen hinsichtlich der rechtlichen Wirkung der Verbindung und Vermischung kein Raum gegeben ist, sondern daß eine solche Annahme, obwohl in der Literatur vielfach stillschweigend vertreten, zu Anomalien führte, die mit den sachenrechtlichen Grundsätzen des B. G. B. überhaupt nicht vereinbar wären (Tobias, S. 461). „Eine soche rechtsgeschäftliche Eigentumserwerbsart hätte bei der Exklusivität der dinglichen Rechtsgeschäfte ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen bedurft, um wirksam zu sein" (Tobias, S. 460). Wenn Rümelin (S. 286) meint, die Parteien könnten ja durch const. poss. erreichen, daß der gewünschte Erfolg, Eigentumsübergang an einen andern, gleich nach der Spezifikation einträte, und daß deshalb dem unmittelbaren Spezifikationserwerb für einen andern auf Grund einer dahingehenden Vereinbarung nichts im Wege stehen könne, so ist darauf zu erwidern, daß es den Parteien ja unbenommen ist, ein const. poss. zu vereinbaren: sie davon zu befreien, ist ebensowenig angängig wie in den übrigen Fällen der Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen.

Bonin glaubt seine Ansicht, daß § 950 nachgiebiges Recht sei, dann weiter mit einem Hinweis auf Sätze des Fundrechts §§ 973, 976 stützen zu können, wo es im § 973 heißt: „Mit Ablauf eines Jahres *erwirbt* das Eigentum" und der § 976 dann sagt: „Verzichtet der Finder auf das Recht zum *Erwerbe* des Eigentums an der Sache". „Was aber dem Finder recht, sollte das dem Hersteller bei genau der gleichen Ausdrucksweise

[1]) v. Bonin, S. 121.

[2]) Daß dies der Standpunkt des B. G. B. sei, ist noch nie bezweifelt worden, außer von Krückmann, J. J., Bd. 65, S. 232, Anm. 1; aber nicht überzeugend.

[3]) Manigk II, S. 664/65.

(erwirbt) des Gesetzes nicht billig sein? Soll ihm allein das Eigentum aufgezwungen werden, das er nicht haben will? — Da das Gesetz im § 973 das „erwirbt" nur cum grano salis verstanden wissen will, muß es m. E. auch im § 950 so aufgefaßt werden: auch bei ihm darf man nicht am verbum legis hangen" Bonin a. a. O. Man muß hier doch fragen, wer denn eigentlich dem Wortlaut zu große Bedeutung beimißt. Dem Worte „erwerben", das so und so viele Male im B. G. B. wiederkehrt, eine so entscheidende Bedeutung beizumessen, ist äußerst gewagt. Eher könnte man schon mit einem argumentum e contrario das Gegenteil der Boninschen Ansicht aus dem Gesetz entnehmen, weil das Gesetz im § 950 eine dem § 976 entsprechende Einschränkung nicht gemacht hat.

Man kann die Beweisführung Bonins daher wohl nicht als gelungen bezeichnen. Sie ist nicht geeignet, die oben zur Erhärtung der Behauptung, daß § 950 zwingendes Recht enthalte, gemachten Ausführungen zu widerlegen.

Wir vertreten hier also die Meinung, daß § 950 ius cogens enthält.

§ 8. a) Der unselbständige Arbeiter wird nicht Eigentümer.

Müssen wir aber aus der zwindenden Natur des § 950 nun den Schluß ziehen, daß immer nur der die Arbeit Verrichtende Eigentum gemäß § 950 erwirbt? Das ist noch niemals von einem Vertreter der den § 950 für zwingend haltenden Ansicht behauptet worden. Bei Arbeitern, die „in unselbständiger Arbeit",[1]) „in einem Abhängigkeitsverhältnis",[2]) in einer Stellung, „deren Kriterium wirtschaftliche Abhängigkeit",[3]) stehen, die gleichermaßen als „Erwerbsinstrumente für einen anderen"[4]) tätig sind, hat man nie das Arbeitsprodukt dem Arbeiter zugesprochen.

Man hat so entschieden entgegen dem Wortlaut[5]) des § 950, der doch nur dem „Hersteller" das Eigentum gewährt. Und als Hersteller ist zunächst doch nur der anzusehen, der tatsächlich die Arbeit verrichtet. Aber trotzdem, ausgehend von den Bemerkungen der II. Kommission (Prot. III, S. 243), die es als selbstverständlich bezeichnete, daß dem „Herstellen" das „Her-

[1]) Brodmann, J. J., Bd. 58, S. 229.
[2]) Biermann, § 950, Nr. 2.
[3]) Isay, S. 303.
[4]) Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 18, S. 102.
[5]) Vgl. zu dieser Gesetzesänderung besonders Müller-Erzbach, J. J. Bd. 53, S. 370.

stellenlassen gleichstehe", hat man dem § 950 diese Auslegung gegeben.

Daß bei den in einem Abhängigkeitsverhältnis Tätigen (Fabrikarbeitern, Handwerkergesellen usw.) eine solche Entscheidung praktisch notwendig ist, kann nicht in Abrede gestellt werden.

Denn wenn bei der heute durchgeführten weitgehenden Arbeitsteilung Hunderte von Arbeitern in einer Fabrik an der Herstellung eines Produktes mitwirken und man hier nur die Arbeiter als Hersteller im Sinne von § 950 ansehen wollte, so müßte man allen Arbeitern einen Miteigentumsanteil[1]) an dem neuen Werk zusprechen. Wie sollten aber die Miteigentumsanteile auf den einzelnen Arbeiter verteilt werden? Sollte jedem ein gleicher Anteil zustehen.[2]) Das wäre offenbar unbillig. Im übrigen aber das Verdienst eines jeden an dem Zustandekommen der neuen Sache zu ermitteln und dementsprechend nicht jedem das Gleiche, wohl aber jedem das Seine[3]) zuzuerkennen, wäre auch eine bei einer größeren Arbeiterzahl unerfüllbare Aufgabe. Aber selbst wenn einmal sich diese Schwierigkeiten lösen ließen, kann es doch immerhin nicht ein von der Rechtsordnung gewünschter Erfolg sein, eine so unübersehbare Fülle von Miteigentumsanteilen hervorzubringen. Man denke doch nur an die Regelung der weiteren Schicksale der gemeinschaftlichen Sache, die sich nach den §§ 741 ff B. G. B. vollziehen würde. Solche Ungeheuerlichkeiten und Verwicklungen[4]) vermeidet man, wenn man den Arbeiter nicht als Spezifikanten ansieht.

Ob hier wegen des Vertragsverhältnisses der § 950 schlechthin ausgeschlossen ist[5]) oder jedenfalls dann nicht Anwendung findet, wenn der Arbeitsherr eigenes Material verarbeiten läßt, dagegen dann anzuwenden ist, wenn der Arbeiter dem Arbeitsherrn nicht gehörigen Stoff verarbeitet[6]) diese Frage wird erst im § 10 behandelt. Hier genügt die Feststellung, daß der Arbeiter jedenfalls nie das Eigentum erwirbt.

---

[1]) unter Umständen auch wohl Gesamthandseigentum, vgl. unten § 24, Z 3.
[2]) So Azo in der Glosse suo nomine zu Dig. 41, 1, 7, 7 und Cosmann, S. 62.
[3]) So Kießling, S. 46; Seraphim, Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Verbindung und Verarbeitung beweglicher Sachen nach dem Rechte der Ostseeprovinzen, 1881, S. 51; Rümelin, S. 287; Jürgensen, S. 75; Fitting, S. 333.
[4]) „Absurdes Ergebnis", Dernburg, Bd. III, S. 369, II, 3.
[5]) So die unten S. 28, Anm. 1 Zitierten.
[6]) So Manigk II, S. 669; Klein, S. 61/62.

§ 9. b) Der selbständige Arbeiter wird nicht Eigentümer.

Wenn an dem Nichteigentumserwerb des Arbeiters, der in sozialer Abhängigkeit tätig ist, noch nie Zweifel laut geworden sind, so besteht andererseits lebhafter Streit darüber, ob ebenso zu entscheiden ist, wenn ein selbständiger Unternehmer für einen anderen tätig wird. Man hat diese Frage insbesondere beim Vorliegen eines Werkvertrages behandelt.

Nach der einen Meinung[1]) wird immer der Unternehmer Eigentümer der neuen Sache.

Nach der herrschenden Meinung[2]) wird der Unternehmer dann nicht Eigentümer der neuen Sache, wenn der Besteller den Stoff zu der Arbeit geliefert hat.[3])

Cosack[4]) schwankt, welcher von beiden Ansichten er sich anschließen soll.

Die herschende Meinung glaubt die Richtigkeit ihrer Ansicht sogar unmittelbar mit den Bestimmungen des B. G. B. selbst zwingend beweisen zu können

Zunächst beruft[5]) sie sich auf den § 647 B. G. B., wo dem Unternehmer ein Pfandrecht an der von ihm hergestellten Sache gewährt wird. Sie schließt daraus, daß also die aus vom Besteller gelieferten Stoff angefertigte Sache nie ins Eigentum des Unternehmers fallen könnte, da sonst die Gewährung eines Pfandrechts an eigener Sache keinen vernünftigen Sinn ergäbe. Dieser Schluß ist aber sehr anfechtbar;[6]) denn man darf es

[1]) Isay, S. 300 ff.; Heinsheimer, Das deutsche B. G. B. und das badische Recht, Bd. I, 1901, S. 456; Lotmar, S. 384 c und Anm. 3; Brodmann, S. 230; Eger, S. 34 (nicht ganz zweifellos); Kießling, S. 35, Anm. 29 u. S. 36.

[2]) Vgl. z. B. v. Tuhr, D. J. Z. Bd. IV, S. 425; Planck, § 950, Nr. 3; Biermann, § 950, Nr. 2; R. G. Kommentar, § 950, Nr. 5; Seidel, S. 31; Jürgensen, S. 90; Block, S. 21 22; Müller-Erzbach, S. 370; neuestens Krückmann, J. J., Bd. 65, S. 229.

[3]) In einem mir vom Herrn Referenten mitgeteilten Falle aus den 90er Jahren hatte ein Müller vom Kunden geliefertes Getreide gemahlen. Die 1. Instanz hatte Eigentumserwerb des Müllers angenommen, dagegen sprach sich das L. G. Bielefeld gegen Eigentumserwerb des Müllers aus. Heute unter der Herrschaft des B. G. B. aber dürfte dieser Fall überhaupt nicht mehr unter § 950 gehören, weil der Wert der Verarbeitung zu gering ist. Vgl. Gierke, Bd. II, S. 585, Anm. 27. Würde es an dem erforderlichen Wertverhältnis nicht mangeln, so wäre der Fall im Sinne des L. G. Bielefeld zu entscheiden, wie die späteren Ausführungen noch ergeben werden.

[4]) Bd. II, S. 137, 2 b.

[5]) Vgl. Planck, § 950, Nr. 3; Bachrach, S. 42; Seidel, S. 31/32; Haß, S. 65; Ebert, S. 86; Wolfgramm. S. 22; Block, S. 22; Kretzschmar, § 950, Nr. 3; Busch, S. 34; Crome, § 264, Anm. 20; Biermann, § 950, Nr. 2; Emerich, S. 7; Dernburg, Bd. III, § 109, Anm. 13; Bonin, S. 117/18; Manigk II, S. 669; R. G. Str., Bd. 37, S. 329/30.

[6]) Wie Wolff, § 73, Anm. 16; Kießling, S. 31; Gablenz, S. 45; Brodmann, S. 230 dartun.

mit der Herstellung einer neuen Sache nur nicht zu leicht nehmen. Die Zahl der unter § 950 fallenden Verarbeitungen ist im allgemeinen nicht so groß, als es auf den ersten Blick scheinen könnte. In einer sehr großen Zahl von Fällen wird keine „neue" Sache vorliegen, in anderen wird es an dem im § 950 geforderten Wertverhältnis mangeln usw. Demnach ergäbe der § 647 also sehr wohl doch einen guten Sinn, wenn man ihn eben nur auf die Fälle bezöge, wo den Voraussetzungen des § 950 nicht genügt ist.

Im wesentlichen dieselben Autoren,[1]) die sich auf § 647 berufen, ziehen zur Erhärtung ihrer Behauptung dann den § 651 heran. Sie meinen, besonders Riezler: wenn in dem einen Falle (Abs. 1), in dem das Nichteigentum des Bestellers an dem Rohstoff feststehe, dem Unternehmer durch das Gesetz die Pflicht zur Eigentumsbeschaffung an den Besteller auferlegt würde, in dem anderen (Abs. 2), in dem das Nichteigentum des Unternehmers an der alten Sache zweifellos sei, das Gesetz aber nicht von der Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung spreche, so folge aus dieser Gegenüberstellung, daß das B. G. B. in dem Falle, wo der Besteller den Stoff geliefert habe, auf dem Standpunkt stehe, daß ein Eigentumserwerb für den Unternehmer nicht stattfinde. Gegen diese Beweisführung kann man dieselben Bedenken geltend machen, die im vorhergehenden soeben geäußert sind.[2])

Eine dritte, nur kleine Gruppe[3]) von Autoren beruft sich auf § 644, Abs. 1, S. 3, auf das Moment der Gefahrtragung. Diese Bestimmung sei Ausfluß des allgemein geltenden Satzes casum sentit dominus. Da der zufällige Untergang auch nach Herstellung der Sache den Besteller treffe, müsse man ihn auch als Eigentümer der neuen Sache ansprechen. — Wenn man auf diese Weise den Beweis zwingend erbringen wollte, müßte man aber zuvor dartun, daß der Satz casum sentit dominus uneingeschränkt gilt; das aber ist im B. G. B. nicht der Fall, vgl. nur § 447. Zudem ist der Umkehrschluß: weil Gefahrtragung deshalb Eigentum, nicht richtig; auch wenn der Verkäufer nicht Eigentümer, gilt doch § 446: bis zur Uebergabe steht die Sache auf seine Gefahr. So braucht ja auch der Besteller nicht Eigentümer des gelieferten Stoffes zu sein, und doch trifft ihn im Verhältnis zum Unternehmer die Gefahr des zufälligen Unterganges.

[1]) Die oben S. 24 in Anm. 5 1—10 Genannten. Außerdem Riezler, S. 28; Baensch, S. 52.

[2]) Vgl. auch Lotmar, S. 384, Anm. 3.

[3]) Crome, § 264, Anm. 20; Busch, S. 50; für das A. L. R. schon Förster-Eccius, Bd. II, S. 274, Anm. 41.

Allein steht Baensch, S. 51 mit seiner Beweisführung. Er meint, wenn wir dem (Arbeiter bezw.) Unternehmer das Eigentum zusprächen, so müßte letzterer die Bereicherung gemäß § 951 dem Eigentümer des Stoffes herausgeben. Dieser Anspruch würde jedoch illusorisch, da der Bearbeiter nichts hätte, er aber selbst noch, da in diesem Falle die Uebereignungspflicht an den Besteller sich aus dem zugrunde liegenden Vertrage ergäbe, das Eigentum an diesen übertragen müßte. Hieraus wäre dann, da es sich im Innenverhältnis zwischen Besteller und Unternehmer . . . um ein entgeltliches Kaufalgeschäft handelte, die Folge zu ziehen, daß derjenige, für den die Spezifikation erfolgte, nicht als ungerechtfertigt bereichert anzusehen wäre. — Nun könne aber von einer ungerechtfertigten Bereicherung des Bearbeiters nach der an den Geschäftsherrn erfolgten Uebereignung keine Rede mehr sein, wogegen denn gerade die Tendenz des Gesetzes, dem Geschädigten seinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung möglichst sicher zu stellen, spreche.

Auch diese Argumentation kann nicht als durchschlagend bezeichnet werden; denn wenn der Bearbeiter wirklich der zunächst Bereicherte wäre, so ist nach der Eigentumsübertragung an den Besteller dieser letztere bereichert worden, weil die Eigentumsübertragung unentgeltlich (wenn auch nicht schenkungshalber) geschehen ist; das Entgelt bekommt der Arbeiter nämlich für seine Arbeit, nicht für die Eigentumsübertragung; gegen den Besteller greift dann also § 822 durch. Wenn andererseits der Verarbeiter nach Kenntniserlangung von seiner ungerechtfertigten Bereicherung weiter tradiert, so haftet er selbst auf die zur Zeit der Kenntniserlangung vorhandene Bereicherung weiter; die Bereicherungminderungseinrede entfällt, § 819, Abs. 1. Auch die Rücksichtnahme auf den dritten Stoffeigentümer zwingt demnach nicht unbedingt dazu, dem Besteller unmittelbar Eitum zuzusprechen.

Wir kommen also zu dem Schluß, daß mit absoluter Sicherheit sich die herrschende Meinung nicht aus den Bestimmungen des B. G. B. beweisen läßt. Aber die unterschiedslose Regelung im B. G. B., die weder in § 647 noch in § 651 des Falles des Eigentumserwerbes des Unternehmers Erwägung tut und hierfür keine besonderen Vorschriften gibt, läßt m. E. doch den Schluß zu, daß es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, daß in den genannten Fällen ohne Ausnahme ein Eigentumserwerb für den Unternehmer nicht eintreten sollte. Auch die Erwägung spricht doch wohl für die eben angegebene Auffassung, daß bei der gegenteiligen Meinung wir zu dem

Ergebnis kämen, daß der Unternehmer mit Herstellung der neuen Sache (jedenfalls formell) seine Vertragspflichten erfüllt hätte und er in demselben Augenblick auch Eigentümer der neuen Sache geworden wäre; daß also der Besteller nicht aus dem abgeschlossenen Vertrage mehr auf Erfüllung klagen könnte (denn der Unternehmer hat ja seine Pflicht formell erfüllt, und es sollen doch ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag, § 651 a. E., Anwendung finden; von einer Eigentumsverschaffungspflicht ist aber beim reinen Werkvertrage nirgends die Rede); eine Eigentumsklage stände ihm aber nicht zu, da ja der Unternehmer Eigentümer geworden ist. Wenn man den Besteller nicht lediglich auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung vertrösten wollte, könnte man ihm nur mit einer Anleihe bei „Treu und Glauben", § 242, einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung aus dem Vertrag (Werkvertrag) gewähren, entgegen den ausdrücklichen Bestimmungen des § 651 a. E. Diesen Bedenken entgehen wir, wenn wir uns der herrschenden Lehre anschließen.

Sie entspricht denn auch „allein der Interessenlage und den Bedürfnissen des Lebens";[1]) man denke nur an den Fall, daß der Unternehmer nach Herstellung der Sache in Konkurs gerät.

Unsere Ansicht hat auch den Vorzug, im Einklang zu stehen mit der Lebensauffassung, die garnicht daran denkt, dem Schneider oder Tischler, der aus von uns gelieferten Stoffen neue Sachen herstellt, Eigentum daran zuzusprechen.

Unsere bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß der § 950 so, wie er geschrieben steht, jedenfalls nicht gilt, da der die Arbeit Verrichtende nicht in den besprochenen Tatbeständen Eigentümer der neuen Sache wird.

§ 10. c) § 950 in Vertragsverhältnissen anwendbar.

Wir haben aber noch nicht die Frage behandelt, ob nun bei den eben in §§ 8 und 9 besprochenen Tatbeständen der § 950 überhaupt keine Anwendung findet, also keine Aenderung in den Eigentumsverhältnissen durch die „Spezifikation" herbeigeführt wird oder ob in diesem Falle dahin zu entscheiden ist, daß zwar nicht der „Arbeiter", wohl aber der Besteller bezw. der Arbeitgeber Eigentümer der neuen Sache auf Grund der Spezifikation geworden ist. Wir müssen also untersuchen, ob der § 950 in Vertragsverhältnissen schlechthin ausgeschlossen ist, oder ob er durch ein Vertragsverhältnis nur modifiziert wird.

[1]) Vgl. Müller-Erzbach, S. 370; Klein, S. 62.

Beide Ansichten haben in der Literatur namhafte Vertreter gefunden.

Daß der durch die Spezifikation an sich begründete Eigentumserwerb sich überhaupt nicht vollziehe, wenn der Spezifikant zur Verarbeitung oder Umbildung des Stoffes aus einem Vertragsverhältnis verpflichtet ist, diese Meinung wird insbesondere von Riezler[1]) vertreten.[2])

Bei dieser Ansicht wird aber grundsätzlich (vgl. z. B. Riezler, Emerich) nur der Fall berücksichtigt, wo der Eigentümer der Gegenkontrahent ist, für den die vertragsmäßige Arbeit geschieht; sie meinen, in diesem Falle bleibe beim Eigentümer das alte Eigentum.

Dem ist aber nicht beizupflichten. Wir haben uns[3]) der herrschenden Ansicht angeschlossen, die selbst bei einer Verarbeitung durch den Eigentümer in Person ein neues Eigentum für diesen entstehen läßt. Wenn aber der Eigentümer durch eigenhändige Verarbeitung seines Stoffes ein neues Eigentum auf Grund der Verarbeitung erwirbt, so ist kein Grund ersichtlich, warum dann in dem Falle die Regeln der Spezifikation ausgeschlossen sein sollen, wo er die Verarbeitung durch einen anderen vornehmen läßt.[4]) Auf einen entgegenstehenden Parteiwillen als solchen kann man sich nicht stützen, weil § 950 ius cogens ist.

Diese Lehre ist zwar bisher nicht zu unerwünschten Ergebnissen gekommen. Das ist aber kein Grund für ihre Richtigkeit, sondern findet ganz einfach darin seine Erklärung, daß regelmäßig von ihr nur der Fall ins Auge gefaßt worden ist, wo der, für den die Arbeit vorgenommen wurde, auch wirklich Eigentümer des Stoffes war. Wie aber entschieden werden soll, wenn der stofflieferne Werkbesteller nicht Eigentümer des

[1]) S. 27/28, S. 29, Anm. 6. Andere Vertreter dieser Ansicht: Emerich, S. 7; Maenner, S. 207, Anm 80; Crome, § 264, Anm. 20; Lehmann, § 62, 2; Endemann, II, 1, S. 550, Anm. 17; Ebert, S. 90/92; Klein, S. 61/62; Manigk II, S. 669;

[2]) Diese Ansicht, ebensowenig die Ausführungen in den §§ 8 und 9 unserer Untersuchung, scheitert nicht etwa an der zwingenden Natur des § 950, sondern wie schon oben, S. 19, Anm. 3 angedeutet, könnte doch die Rechtslage die sein, daß der § 950, soweit er gilt, unabänderlich gilt, daß er aber in Vertragsverhältnissen deswegen keine Anwendung findet, weil ein anderer Tatbestand vorläge, der vom Gesetz mit anderen Rechtsfolgen ausgestattet ist. Vgl. des näheren Ehrlich, S. 9: „Es liegt offenbar nicht ein Rechtssatz vor, der sich gegen Parteiwillkür nachgiebig zeigt, sondern die Wirkungen des Rechtssatzes werden durch die Wirkungen eines anderen Rechtssatzes gekreuzt, ... es werden durch einen anderen Rechtssatz Ausnahmen davon festgesetzt".

[3]) Vgl. oben, S. 1, insbes. Anm. 4 und 5.

[4]) Vgl. auch Block, S. 30/31.

Stoffes ist, darüber hat man sich nicht geäußert. Und gerade hieran scheitert m. E. diese Ansicht. Es ist nicht ersichtlich, warum das Gesetz in solchen Fällen die „produktive Tätigkeit" nicht hat schützen wollen. Das Schutzbedürfnis ist doch in diesen Fällen der Bearbeitung durch einen andern das gleiche wie dort, wo man selbst die Verarbeitung vornimmt.

Nur Manigk und Klein a. a. O. heben hervor, daß da, wo man fremden Stoff durch einen andern für sich bearbeiten läßt, wieder die Regeln des § 950 Anwendung zu finden haben. Aber auch in dieser Form ist die Lehre nicht beifallswert, sofern man der u. E. richtigen Ansicht folgt, daß auch bei Verarbeitung eigenen Stoffes die Regeln des § 950 anwendbar sind.

Durch das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses wird also der § 950 nicht außer Kraft gesetzt. Wer erwirbt nun aber das Eigentum gemäß § 950? In den §§ 8 u. 9 unserer Abhandlung hatten wir gesehen, daß der unselbständige Arbeiter wie auch der selbständige Unternehmer in den dort besprochenen Tatbeständen jedenfalls nicht Eigentümer der neuen Sache wird. Trotz Vorliegens eines Vertrages ist aber § 950 anwendbar.

Aus diesen Prämissen folgt, daß wir hier den Spezifikationserwerb nur dem Arbeitsherrn, dem Besteller zusprechen können. Insoweit liegt echte fremdwirkende Spezifikation vor; sowohl der abhängige, wie der unabhängige Arbeiter erwerben dem „Arbeitgeber" unmittelbar Eigentum,[1]) mag der Arbeitgeber Eigentümer des Rohstoffes gewesen sein oder nicht.

§ 11. Fremdwirkende Spezifikation außerhalb von Verträgen.

Es fragt sich aber, ob die „Kausalbeziehung für den Erwerber durch einen Arbeitsvertrag hergestellt wird",[2]) ob sie ohne Vertrag also nicht eintreten würde. Wenn die in Anm. 2 genannten Autoren von einem Vertrag sprechen, so tritt dabei nicht klar hervor, daß er nun unbedingt erforderlich sein soll; denn keiner von ihnen erklärt sich dahin, daß die Fremdwirkung bei Nichtigkeit der Vertrages ausgeschlossen sein soll. Vermutlich will Endemann a. a. O. mit der Wendung, „die ob-

[1]) So auch O. L. G. Hamburg in Seuff. Arch., Bd. 58, S. 101/02; derselbe Fall in O. L. G. IV, S. 312; vgl. ferner R. G. Bd. 72, S. 281—85; im letzteren Fall geht man auf die Frage der fremdwirkenden Spezifikation garnicht ein, offenbar weil man sie für selbstverständlich gegeben betrachtet.

[2]) So Endemann, S. 550, Anm. 17; Klein, S. 61; Kohler, Enz. S. 53, Z. 3.

jektive Bedeutung der Verarbeitungshandlung ist entscheidend", denn auch sagen, daß nicht der Vertrag die Fremdwirkung herbeiführt.

Jedenfalls sprechen sich die Autoren, die sich darüber äußern, was bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages geschehen soll, dahin aus, daß es bei unselbständigen Arbeitern, also gewöhnlich beim Dienstvertrag, auf die Gültigkeit des Vertrages nicht ankommt.[1]) Es soll lediglich die Tatsache des Tätigseins für einen andern in einer abhängigen Stellung genügen, um dem Arbeitsherrn durch die Arbeiter Eigentum zu verschaffen. Dem ist zuzustimmen. Und deshalb darf denn auch die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages auf Geschäftsunfähigkeit sowohl des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers oder auf beiderseitigen Mängeln beruhen, denn das unselbständige Tätigsein in wirtschaftlicher Abhängigkeit wird dadurch nicht beeinflußt. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum ein geisteskranker Handwerker nicht Eigentum an den Produkten, die durch seine Gesellen und Lehrlinge hergestellt werden, erlangen soll.

Aber auch beim Tätigsein eines selbständigen Unternehmers für einen andern an von diesem gelieferten Stoffen können wir nicht anders entscheiden. Man unterstelle nur den Fall, daß der Vertrag anfechtbar ist und nach der Fertigstellung der Sache angefochten wird. Der Eigentumserwerb für den Besteller ist eingetreten, mit der Anfechtung würde der Vertrag rückwärts zusammenfallen; juristisch gesehen hätte die Verarbeitung nie auf Grund eines Vertragsverhältnisses stattgefunden, und doch ist der Besteller Eigentümer geworden und geblieben, weil sich die Anfechtung nicht auf die Spezifikation erstrecken kann, da die Verarbeitung als solche rechtsändernd wirkt ohne Rücksicht auf Wollen oder Nichtwollen des Verarbeiters; die Verarbeitung selbst als „rein äußere Handlung", als „Tathandlung" ist unmittelbar keiner Anfechtung zugänglich.[2]) Die Tatsache, daß ein Mensch verarbeitet hat, an die allein die Rechtswirkung geknüpft ist, kann durch keine Macht der Welt ungeschehen gemacht werden. Hier hätten wir also schon einen Fall, wo fremdwirkende Spezifikation bei selbständigem Arbeiter ohne Vorliegen eines Vertrages eingetreten ist. Es wäre ja auch eine eigenartige Erscheinung in unserem

[1]) So Wolff, § 73, III: „Es ist gleichgültig, ob das Anstellungsverhältnis usw. wirklich zu Recht besteht oder nur angenommen wurde"; vgl. ferner Busch, S. 49; „Es wird nicht darauf ankommen, daß eine rechtlich gültige Verpflichtung zur Verarbeitung besteht": Rümelin, S. 284.

[2]) Klein, S. 51; Immel, S. 41—42; Biermann, Allgm. Teil, § 71, Z. 4; über mittelbare Anfechtbarkeit, die in Wirklichkeit keine Anfechtung der Verarbeitung als solcher enthält, vgl. unten S. 73, Anm. 2

Recht, wenn der obligatorische Arbeitsvertrag als solcher dingliche Wirkungen herbeiführte, sein Fehlen sie verhinderte. So läßt denn auch selbständiges Tätigsein die Fremdwirkung eintreten ungeachtet des Vorliegens eines gültigen Vertrages.[1])

Als einstweiliges Ergebnis können wir also feststellen, daß wenn ein unselbständiger Arbeiter im Abhängigkeitsverhältnis oder ein selbständiger Unternehmer an dem vom Besteller gelieferten Stoff tätig ist, Spezifikationserwerb für den Arbeitsherrn (Besteller)[2]) eintritt ohne Rücksicht auf Vorliegen eines Vertragsverhältnisses.[3]) Ob die Arbeit geschieht auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrages oder Auftrages oder eines anderen Arbeitsvertrages, ist gleichgültig, da der Vertrag als solcher einflußlos ist; jedenfalls genügt in gewissen Grenzen (Nichtigkeit des Vertrages) sogar eine negotiorum gestio.[4])

§ 12. Fremdwirkende Spezifikation nicht beim sog. Werklieferungsvertrag möglich.

Müssen wir aber nicht noch darüber hinaus eine fremdwirkende Spezifikation anerkennen, z. B. wenn ein Unternehmer

[1]) Vgl. Tosmann, S. 61: ‚Das tatsächliche, nicht das rechtliche Verhältnis entscheidet'; ferner Busch, S. 42; Dümelin, S. 284.

[2]) Emerich, S. 7 u. Bachrach, S. 47 wollen eine Ausnahme machen: Wenn der Besteller nur geringwertigen Stoff geliefert hat, und ein Künstler für ihn nun ein Kunstwerk daraus herstellt, dann soll der Künstler Eigentümer werden. Bachrach bringt für seine Ansicht keine Begründung; Emerich entscheidet so, weil man den Künstler nicht als Werkzeug des Bestellers ansehen könnte. Da die Werkzeugtheorie (vgl. unten § 19), als verfehlt zu betrachten ist, so muß auch die allein auf der Werkzeugtheorie aufgebaute Entscheidung Emerichs abgelehnt werden.

[3]) Es darf wohl darauf hingewiesen werden, daß bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages der obligatorische Ausgleich zwischen Arbeiter (Unternehmer) und Arbeitgeber (Besteller) sich nach den Regeln der Geschäftsführung o. A. oder wenigstens nach den Bereicherungsgrundsätzen vollzieht. Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung steht dem Arbeiter unmittelbar auf Grund von § 812 ff zu, nicht über den Umweg von § 951 Abs. 1, denn sine causa hätte der Arbeiter durch die ‚Verarbeitung' auch dann dem Arbeitgeber einen Vorteil verschafft, wenn es die Regeln der Spezifikation nicht gäbe oder wenn sie im konkreten Fall nicht anwendbar wären. Somit hat der Arbeiter seinen Verlust nicht auf Grund von § 950 erlitten.

[4]) Eine Anzahl von Autoren (Biermann, § 950, Nr. 2; Staudinger, § 950, Nr. 5 b/3; Lehmann, S. 89; Tosmann, S. 57—58; Pauer, S. 13; Ebert, S. 81; Dümelin, S. 284; Wolfgramm, S. 39; Baensch, S. 57/58; dagegen Jürgensen, S. 98; Block, S. 59, 60; Busch, S. 54) hält eine neg. gest. schlechthin für ausreichend. So allgemein kann man die Frage nicht beantworten; es müssen immerhin die allgemeinen Voraussetzungen einer fremdwirkenden Spezifikation vorliegen. Vgl. unten §§ 22—24. Es gibt Gestionsfälle mit Fremdwirkung und solche ohne; die eben als einander widersprechend genannten Autoren haben offenbar verschiedene Fälle im Auge, sodaß der Gegensatz in Wirklichkeit nicht besteht.

aus selbstbeschaftem Stoff für den Besteller tätig wird, also beim Werklieferungsvertrag?[1]) Auch diese Ansicht ist in der Literatur[2]) vertreten worden, wenigstens für einzelne Sonderfälle, während man grundsätzlich hier immer dem Unternehmer Eigentum zuspricht. Vgl. Gablenz, S. 45, der folgendes Beispiel bringt: „Eine Hausschneiderin arbeitet aus ihrem Stoff unter ständiger Beaufsichtigung der Hausfrau für diese ein Kleid. Die Hausfrau gibt fortgesetzt Anweisungen, um ihren Geschmack in dem Kleide zur Geltung zu bringen. — Jemand verpflichtet sich, einem blinden Dichter ein Gedicht niederzuschreiben, das dieser vorgetragen hat. Wird nicht der Dichter die neue Sache erwerben, auch wenn er nicht das Papier dazu gab?" M. E. besteht kein Grund, hier eine von der herrschenden Meinung, die im Anschluß an § 651, Abs. 1 immer dem Unternehmer Eigentum an aus selbst beschafften Stoffen spezifizierten neuen Sachen zuspricht, abweichende Entscheidung zu treffen.[3]) Daß auch durch einen dahingehenden Vertrag eine unmittelbare Wirkung für den Besteller nicht erzielt werden kann, wie Rümelin, S. 286 annimmt, war oben, S. 31, Z. 24 ff schon gesagt.

Es bleibt also bei unserem oben als einstweiliges Ergebnis hingestellten Resultat, daß man durch die Arbeit eines anderen vermittels Spezifikation Eigentum dann erwirbt, wenn dieser andere als unselbständiger Arbeiter in einem Abhängigkeitsverhältnis oder als selbständiger Arbeiter (Unternehmer, Dienstverpflichteter usw.) an ihm gelieferten Stoffen die Bearbeitung vornimmt. Daß mit diesen Merkmalen die Abgrenzung noch nicht scharf genug gegeben ist, darauf darf wohl schon an dieser Stelle hingewiesen werden. Sie an dieser Stelle nun aber vorzunehmen, halte ich nicht für ratsam. Empfehlenswert ist es, an eine genaue Formulierung erst nach der Untersuchung über das Wesen der fremdwirkenden Spezifikation heranzutreten. Für diese letztere Frage glaube ich wenigstens durch die grundsätzliche Bestimmung des Umfanges der fremdwirkenden Spezifikation die nötigen Unterlagen beigebracht zu haben. Wir werden daher im folgenden an die Behandlung des Wesens der fremdwirkenden Spezifikation herantreten.

---

[1]) Es handelt sich um die in unserer Uebersicht, S. 4 unter B gebrachten Fälle.

[2]) Für das A. L. R. bringt Klostermann, vgl. oben, S. 11, Anm. 1 einen in diesen Zusammenhang gehörigen Fall.

[3]) Wie Gablenz, auch Kießling, S. 36.

III. Wesen der fremdwirkenden Spezifikation (zugleich genauere Abgrenzung des Umfanges):

1. Die bisher aufgestellten Theorien:

§ 13. a) v. Bonins Theorie; Ablehnung derselben.

Im allgemeinen sollte hier erst ein Ueberblick über die bisher aufgestellten Theorien gegeben und darauf in eine kritische Würdigung derselben insgesamt eingetreten werden.

Da aber einerseits die Ansichten Bonins (1) sowie Bunsens (4) sich leicht widerlegen lassen, andererseits die beiden übrigen Theorien mit dem Wesen der Stellvertretung aufs engste zusammenhängen und deshalb zwecks Stellungnahme zu ihnen eine vorherige Erörterung über das Wesen der Stellvertretung erforderlich ist, so ist es besonders empfehlenswert, zu den Meinungen von Bonins und Bunsens hier in diesem Zusammenhange auch gleich kritisch Stellung zu nehmen, dagegen über die beiden anderen Theorien hier nur kurz zu berichten und in eine Würdigung derselben erst später einzutreten. Die Abhandlung wird auf diese Weise für die entscheidenden Fragen auch an Klarheit gewinnen, indem die weniger wichtigen Theorien möglichst bald aus unserer Untersuchung ausscheiden.

Wie schon angedeutet, sind über das Wesen der fremdwirwirkenden Spezifikation bisher 4 Theorien aufgestellt worden.

1. Die jüngste ist die von Bonin (Arch. f. bürgerl. Recht, Bd, 38, S. 117 ff.).

Sie basiert auf der Grundlage, daß § 950 ius dispositivum enthalte. Da wir uns oben, § 7, aber schon für die zwingende Natur des § 950 ausgesprochen haben, so könnten wir aus diesem Grunde bereits die Ansicht v. Bonins für widerlegt ansehen.

Aber für den Fall, daß man unserer Ansicht in diesem Punkte nicht beipflichten sollte, wollen wir doch auch v. Bonins Ansicht über das Wesen der fremdwirkenden Spezfikation noch widerlegen.

Er meint, weil sowohl im § 950 wie im § 973 das Wort „erwerben" gebraucht sei und im letzteren Falle vorher ein Anwartschaftsrecht vorliegt, so sei auch im § 950 „ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht" im Sinne

von § 517 gegeben. Es liege eine Anwartschaft vor. Was versteht man aber nach dem allgemeinen Sprachgebrauch in der juristischen Literatur unter Anwartschaft? v. Thur,[1]) der den Begriff am weitesten faßt, versteht darunter im Werden begriffene Rechte, bei denen aber immer schon wenigstens ein Tatbestandsmoment vorliegt. Bonin dagegen nimmt schon ein Anwartschaftsrecht an, bevor mit der Ausführung der Arbeit begonnen ist, wenn der Arbeiter den Arbeitsvertrag schließt, also bevor auch nur ein einziges Moment der Verarbeitung vorliegt.

Der weite Begriff der Anwartschaft, wie ihn v. Thur faßt, hat aber keine praktische Bedeutung. Daher scheidet denn auch die herrschende Lehre aus diesem Begriff die sog. „Anwartschaftsrechte“[2]) besonders aus, „als hier bereits gegenwärtig das rechtliche Dürfen und das rechtliche Können anderer Personen, welche an der Vereitelung der Aussicht interessiert wären, in mannigfacher Weise beschränkt ist“.[3]) v. Bonin hätte wenigstens erst zeigen müssen, daß schon vor der Ausführung der Arbeit eine solche „Vorwirkung“ (Crome) vorhanden wäre und erst daraufhin hätte er den Schluß wagen dürfen, daß der Hersteller eines Werkes auf diese seine Anwartschaft zugunsten eines anderen verzichten kann, „daß die Fabrikarbeiter bereits im Arbeitsvertrage nach Treu und Glauben auf ihre Anwartschaft zugunsten des Fabrikherrn verzichten.“[4]) [5])

Wir müssen also v. Bonins Ansicht als nicht begründet ablehnen.

§ 14. b) Reine Vertretertheorie.

2. Die reine Vertretertheorie: sie erblickt in der fremdwirkenden Spezifikation schlechthin eine Stellvertretung; manche

---

[1]) I, 1, S. 180.

[2]) Vgl. Crome I, § 33; Enneccerus, § 65; Zitelmann, Lehrbuch des internationalen Privatrechts, Bd. II, 1912, S. 50 ff.

[3]) Zitelmann, S. 53.

[4]) Aehnlich wie Bonin auch schon Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 18, S. 102, Anm. 109: „In den Schranken eines Dienstvertrages kann der Fabrikarbeiter bestimmen, daß, was er verarbeitet, dem Fabrikherrn zufallen werde“.

[5]) v. Bonin's, ebenso auch Kohler's Ansicht zwingt ferner dazu, einen Spezifikationserwerb durch Hilfspersonen außerhalb wirksamer Verträge zu leugnen, obwohl bisher von keiner Seite bei fremdwirkender Verarbeitung durch Fabrikarbeiter, Gesellen usw. ein rechtsgültiger Vertrag gefordert worden ist; und das mit Recht, vgl. § 8 unserer Abhandlung in Verbindung mit § 11.

Autoren begnügen sich mit der Feststellung, daß eine Vertretung vorliege.[1])

Andere sprechen sich genauer aus, sie wollen den § 164 analog anwenden, der eigentlich nur auf Willenserklärungen Anwendung findet, und die Spezifikation enthält ja keine Willenserklärung (vgl. oben § 5).[2])

Wieder andere entscheiden sich ebenfalls für Stellvertretung, lehnen aber die analoge Anwendung der §§ 164 ff. ab.[3])

Ihering[4]) macht einen Unterschied zwischen Spezifikationserwerb durch selbständige und abhängige Arbeiter; letztere sind nach ihm Gehilfen, erstere Vertreter. Das Vorliegen dieser Vertretung will er (S. 334) ähnlich wie Frz. Leonhard aus objektiven, äußerlich erkennbaren Momenten, nicht aus dem Parteiwillen, wie bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung erschließen.

Kohler gibt durch die Bemerkung in Lehrbuch I, S. 581, III, daß für die Vertretung bei der Verarbeitung keine Geschäftsfähigkeit, auch keine beschränkte erforderlich sei, zu erkennen, daß die Stellvertretung hier in gewisser Beziehung von der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung abweichen soll.[5])

Nicht mehr brauchen hier Eck-Leonhard, S. 134, Anm. 3, Kuhlenbeck I, S. 482/83 II, S. 540 und Mitteis, S. 51, 141 berücksichtigt zu werden; sie bauen ihre Ansicht auf der rechtsgeschäftlichen Natur der Spezifikation auf: bei Rechtsgeschäften wäre die Stellvertretung allgemein zulässig, daher auch bei der Spezifikation. Da wir schon oben in § 5 den Ausgangspunkt dieser Lehre durch Verneinung der Rechtsgeschäftsnatur der Spezifikation abgelehnt haben, so sind auch die weiteren Folgerungen dieser Lehre unannehmbar.

---

[1]) So Enneccerus (1908), Bd. I, S. 416; Simeon, S. 620; Dernburg I, § 164 IV: Die Nichtanerkennung der Stellvertretungsvorschriften bei der Spezifikation „wäre ein schwer begreiflicher, den Verkehrsbedürfnissen feindlicher Rückschritt" gegenüber dem gemeinen Recht. Gierke, Entwurf eines B. G. B., S. 334: „Unter allen Umständen muß bei der Spezifikation Stellvertretung gelten"; Eltzbacher II, S. 74; R. Leonhard, S. 309 III; Fischer, Das Sachenrecht im Entwurf eines B. G. B. (1896), S. 28: „Theorie und Praxis werden sich nicht veranlaßt fühlen, die Stellvertretung in der Folge zu leugnen"; Tobias, S. 410—12, spricht sich bei Rechtshandlungen für eine Stellvertretung aus.

[2]) Diese Analogie begründet des näheren Klein, S. 52 ff., besonders S. 57; ferner Frz. Leonhard, S. 113; Bachrach, S. 44; Storz, S. 88; Wolff, Bau auf fremdem Boden, S. 75, Anm. 7.

[3]) Rümelin, S. 284 ff.; Krückmann, J. J., Bd. 65, S. 229 ff.

[4]) J. J., Bd. I, S. 288.

[5]) Im übrigen bekennt sich Kohler noch Lehrbuch II, 2, S. 211 und Enzykl. II, S. 53, Z. 3 bei der Spezifikation zur Stellvertretunglehre.

§ 15. c) Nicht-Vertretertheorie (herrschende Lehre).

3. Dieser Stellvertretungstheorie steht schroff gegenüber eine andere, die jeden Gedanken an eine Anwendung der Stellvertretungsvorschriften bei der Spezifikation entschieden ablehnt, auch jegliche analoge Anwendung dieser Vorschriften verwirft.[1]) Diese Lehre hat in neuerer Zeit immer mehr Verteidiger gefunden, zumal auch frühere Anhänger der Vertretertheorie z. B. Wolff und Enneccerus sich zu ihr bekannt haben. Sie ist die zur Zeit herrschende.

Eine große Zahl der Anhänger dieser Lehre spricht sich über das Wesen der fremdwirkenden Spezifikation garnicht aus, sie begnügt sich mit der Feststellung, daß keine Vertretung vorliegt, vgl. z. B. nur Enneccerus a. a. O. Die Mehrheit der Vertreter dieser Theorie bezeichnet den fremdwirkenden Verarbeiter als Gehilfen des Arbeitsherrn oder als dessen Werkzeug, Erwerbsinstrument, Maschine usw. Ob nun der Arbeiter Gehilfe in der Verarbeitung ist, soll sich in der Regel nach der Verkehrsauffassung bestimmen. Wolff, a. a. O. unterscheidet zwischen Verarbeitung unter Mitwirkung (bei Gehilfen, Dienstboten, also unselbständigen Arbeitern) und unter Vermittlung (bei selbständigen Arbeitern) anderer.

§ 16. d) Bedingte Vertretertheorie (Bunsen-R. G.); Ablehnung derselben.

4. Eine vierte Ansicht leugnet zwar auch grundsätzlich die Möglichkeit einer Vertretung bei der Spezifikation, sie hält aber eine Stellvertretung für vorliegend, wenn die Verarbeitung als Vertragserfüllung geschieht. Diese Lehre ist, soviel ich feststellen konnte, von Bunsen[2]) begründet worden. Sie hat nur wenige Anhänger gefunden.[3])

Ihr Gedankengang ist kurz folgender:

Sie geht von der Grundlage aus, daß die Vertragserfüllung ein Rechtsgeschäft sei. Ein Rechtsgeschäft aber lasse Vertretung

[1]) Wolff, § 73, III; Enneccerus, § 194 II, 1 b; Planck, § 950, Nr. 1 c; Biermann, § 950, Nr. 2; Biermann, Stellvertretung, S. 93; Lotmar, S. 384, Anm. 3; Wunderlich, S. 22; Jürgensen, S. 84/85; Gablenz, S. 42, 43; Schmidt, S. 32, 44; Immel, S. 47; Richter, S. 44; Wolfgramm, S. 28, 39; Block, S. 38/39; Baensch, S. 29; Busch, S. 42—44; Matthias, § 165, I; Maenner, S. 207, Anm. 77; v. Tuhr II, 2, S. 371; Endemann II, 1, S. 548, Anm. 17; Crome, § 408; besonders Manigk I, S. 355 ff.

[2]) Bd. II, S. 97, 101.

[3]) Wird vertreten außer von Bunsen a. a. O. von R. G. Str., Bd. 37, S. 239; Staudinger, § 950, Nr. 5 b/β; Pauer, S. 14.

zu. Werde die Verarbeitung in Erfüllung eines Vertrages vorgenommen, so sei sie Rechtsgeschäft. Also lasse sie auch Vertretung zu.

Ueber die Ansicht, daß die Vertragserfüllung notwendig Rechtsgeschäft sei, ist schon viel hin und gestritten worden und darüber kann man auch heute noch wohl streiten.[1]) Auf diese Streitfrage kann hier nicht näher eingegangen werden. Aber wenn man die Erfüllung als ein Rechtsgeschäft ansieht, so muß man doch immer wieder auseinanderhalten: das rein tatsächliche Vornehmen der geschuldeten Handlung und die Bestimmung (ob einseitige oder vertragsmäßige kann dahingestellt bleiben) darüber, welchen rechtlichen Zweck diese Handlung haben soll, ob sie solvendi oder donandi causa usw. erfolgt. Wenn man in der Erfüllung ein Rechtsgeschäft sieht, so kann man nur dieser Zweckbestimmung rechtsgeschäftlichen Charakter zusprechen. Ein solcher auf Erfüllungswirkung gerichteter rechtsgeschäftlicher Wille läßt aber das Wesen der Spezifikation als solcher als Realakt, Tathandlung unberührt; er ist irrelevant, wie schon oben im § 5 gezeigt. Für die Zweckbestimmung als Rechtsgeschäft wäre deshalb Geschäftsfähigkeit erforderlich. Macht man diese Zerlegung der Erfüllung nicht, so käme man vom Standpunkt der Rechtsgeschäftsnatur der Erfüllung zu dem unannehmbaren Ergebnis, daß ein Geschäftsunfähiger in Person zu bewirkende Leistungen nicht erfüllen könnte, da die Vornahme der Handlung als solche Willensfähigkeit voraussetzte, weil es ihm an der Willensfähigkeit fehlte. Bei der im Text vorgenommenen Trennung könnte aber der Geschäftsunfähige sehr wohl die rein tatsächliche höchstpersönliche Verpflichtung erfüllen, sein gesetzlicher Vertreter träte dann beim rechtsgeschäftlichen Teil in Wirksamkeit.

Die im Text gemachte Unterscheidung wird auch von Planck-Siber[2]) vorgenommen: „Ist der Leistungserfolg nur tatsächlicher Natur, z. B. der Arbeitserfolg . . . , so ist auch der Leistungsakt nur tatsächlicher Vorgang. Ob es zur Erfüllung neben dem Leistungsakt als solchem noch eines Parteiwillensaktes bedarf, durch den die Leistung für den Erfüllungszweck bestimmt wird, ist sehr bestritten". Aber wenn man wie das R. G. solchen Parteiwillensakt für erforderlich hält, kann man wohl nur in der im Text geschehenen Weise konstruieren.

Diese vierte Theorie führt uns also, da die Spezifikation als solche als Vertragserfüllungshandlung auf keinen Fall ein Rechtsgeschäft wird, auf die beiden vorher unter 2. und 3.

---

[1]) Vgl. einerseits Oertmann, § 362, Nr. 4, andererseits Enneccerus, § 283.
[2]) § 362, Nr. 2 b.

dargestellten Ansichten zurück. Mit diesen letzteren haben wir uns also noch auseinanderzusetzen.

Da es sich bei ihnen darum handelt, ob die fremdwirkende Verarbeitung als Stellvertretung anzusehen ist oder nicht, haben wir im folgenden zunächst einige grundsätzliche Fragen aus der Stellvertretungslehre zu erörtern. Daran wird sich dann die Untersuchung über das Wesen der fremdwirkenden Spezifikation anschließen.

§ 17. 2. Das Wesen der Stellvertretung nach B. G. B.

Das Wesen der Stellvertretung wird am klarsten hervortreten, wenn wir eine Abgrenzung gegenüber anderen verwandten Erscheinungen vornehmen. So mag denn hier vor allem eine Gegenüberstellung der Stellvertretung und Botenschaft erfolgen.

Die heute herrschende und richtige Lehre stellt im Anschluß an Buchkas grundlegendes Buch: die Lehre von der Stellvertretung bei Verträgen, 1852,[1]) Stellvertreter und Boten (wieder) in einem qualitativen Gegensatz; daß beide Erscheinungen etwas Wesensverschiedenes darstellen, ergibt sich ja auch schon aus der getrennten Behandlung im B. G. B., § 120 und §§ 164 ff. Man ist sich darüber einig, daß für die Abgrenzung des Stellvertreters vom Boten lediglich das äußere Auftreten derselben entscheidend ist; der Stellvertreter gibt eine eigene Erklärung ab, bei der aber erkennbar sein muß, daß die gewünschten Wirkungen des Geschäfts nicht ihn, sondern einen dritten, eben den Vertretenen treffen sollen — ob sie ihn treffen, ist wieder eine Frage für sich, die davon abhängt, ob der Vertreter Vertretungsmacht (insbesondere Vollmacht) hatte oder der Vertretene das vollmachtlose Handeln genehmigt, — während der Bote nicht eine eigene Erklärung abgibt, sondern die eines andern übermittelt, der Erklärende bedient sich des Boten als eines Sprachrohrs („Werkzeuges"). „Der Handlungswille ist beim Boten nur auf die Mitteilung der Erklärung eines anderen (Uebermittelung) gerichtet, beim Vertreter dagegen auf unmittelbare Auslösung von Rechtswirkungen durch das Vorbringen des Willensinhaltes", Bonier, S. 574. Der Bote hat „Mitteilungswillen", der Vertreter dagegen „Geschäftswillen".

Die herrschende Lehre verlangt dann weiter, daß der Vertreter ein gewisses Maß von Willensentscheidung haben muß. Der Bote soll nach einigen „in keiner Weise in Bezug auf den Geschäftsinhalt einen Willen, eine Entscheidungsmöglichkeit

[1]) Vgl. Falkmann, S. 19/20.

haben dürfen",[1]) nach anderen soll die Gewährung eines gewissen Spielraumes die Botenschaft nicht ausschließen.[2]) Wenn aber die herrschende Lehre deshalb von dem Vertreter als einem „Vertreter im Willen",[3]) weil er eine Entscheidungsmöglichkeit habe, spricht, so ist dem wohl nicht beizupflichten. Dies überzeugend dargetan zu haben, ist das Verdienst Bouriers,[4]) der S. 391/92 des näheren ausführt, daß „das Recht der Willensentscheidung nicht ein Bestandteil und nicht ein Kennzeichen des Vertretungsrechts,[5]) sondern ein solches des Verwaltungsrechts oder Geschäftsführungsrechts ist als des Rechts, fremde Angelegenheiten (Vermögensangelegenheiten) selbständig und unabhängig vom Willen des Geschäftsherrn zu ordnen. Dem Verwalter und nicht dem Vertreter steht die sog. „Vertretung im Willen" zu. Wenn sie dem gesetzlichen Vertreter regelmäßig zusteht, so steht sie ihm nicht als Vertreter, sondern als Verwalter zu; denn der sog. gesetzliche Vertreter ist in Wahrheit immer „gesetzlicher Verwalter und Vertreter", ja er ist in erster Linie gesetzlicher Verwalter und sein Vertretungsrecht dient nur der Durchführung der Verwaltungsaufgaben im Rechtsverkehr".

Zu welchen Ergebnissen die herrschende Lehre mit ihrer „Vertretung im Willen" gelangt, zeigt eine Erkenntnis des R. G.[6]), gegen das sich mit aller Schärfe Bourier S. 383—84 wendet. Wenn das R. G. annimmt, in dem zur Entscheidung stehenden Falle[7]) ließe sich schlechterdings nur von einer Uebermittlung gemäß § 120 reden, so muß dem entgegengehalten

---

[1]) So Oertmann, Vorbem. 7 b vor § 164.

[2]) So Enneccerus, § 166, Anm. 1; Planck, Vorbem. 4 a. a. E. vor § 164.

[3]) Nach dem Vorgang von Windscheid (§ 73, Anm. 2), der dann den Boten als „Vertreter in der Erklärung" bezeichnet.

[4]) Gegen den „Vertreter im Willen" auch Hölder, S. 298; Rosenberg, S. 197 ff., insbesondere S. 209—15, dem insoweit zuzustimmen ist.

[5]) Man denke nur an den Vertreter ohne Vertretungsmacht, bei dem der Vertretene genehmigt. Hier liegt Vertretung im strengen Sinne vor, die Entscheidung hat aber der Vertretene. Vgl. hierzu auch Rosenberg, S. 218. Auch der passive Stellvertreter trifft doch keine Entscheidung!

[6]) In Gruchots Beitr., Bd. 58, S. 179 (V. Ziv. Senat).

[7]) Der Fall liegt folgendermaßen: durch Verhandlungen, die aber der Form des § 313 B. G. B. entbehrten, waren eingehende Verabredungen über einen Grundstücksverkauf getroffen worden. Für beide Vertragsparteien traten später Bevollmächtigte vor einem Notar auf, um die Vereinbarungen in die erforderliche Form zu bringen. Sie erklärten dabei nur den Inhalt der Vorverhandlungen ohne Abänderungen zu Protokoll des Notars. Das R. G. hat in diesem Falle den Bevollmächtigten die Vertretereigenschaft abgesprochen, weil sie den bereits fertig abgeschlossenen Kaufvertrag genau so, wie er vorher abgeschlossen gewesen wäre, vor dem Notar zu Protokoll erklärt hätten; damit könne von einem notariellen Vertragsschluß nicht die Rede sein.

werden, daß ja noch gar keine Erklärung da ist, die übermittelt werden könnte; denn die formlose Abrede über den Grundstücksverkauf ist doch vor der Beurkundung gemäß § 313 B. G. B. juristisch ein nullum und bleibt es auch, kann also nicht als eine Erklärung im Rechtssinne angesehen werden, die durch Boten übermittelt wird.[1]) Deshalb ist es auch unrichtig zu sagen: „die vorher formlos getroffenen Vereinbarungen wurden von dem Notar wiederholt", der Laie wird zwar so sprechen, aber juristisch betrachtet liegen vorher noch gar keine Vereinbarungen, das sind doch gültige Vereinbarungen, vor; die formlose Vereinbarung ist juristisch ein Nichts, das darum auch im juristischen Sinne nicht wiederholt werden kann; erst in der erforderlichen Form wird die Vereinbarung im Rechtssinne existent.

Richtig dagegen eine andere Entscheidung des R. G.[2]): „Wenn auch der Sohn nicht über den Inhalt der abzugebenden Erklärung unterrichtet war, so genügt es, daß er bei der Unterzeichnung wußte, daß es sich überhaupt um eine rechtsgeschäftliche Erklärung handele". In diesem Falle hatte der Sohn keine Entscheidungsmöglichkeit über den Inhalt, derselbe war ihm nicht einmal bekannt; in seiner Abwesenheit war derselbe festgestellt vom Vater, der den Sohn nur mit der Vollziehung der Unterschrift betraute; trotzdem war der Sohn Vertreter.

Die Konstruktion der sog. „Vertretung im Willen" als einer dem Vertreter gegebenen Entscheidungsmöglichkeit versagt ja auch vollständig bei der „Auflassungsvollmacht", bei der dem Vertreter gar keine Entscheidungsmöglichkeit zusteht. Und in diesem Falle kommt man nicht daran vorbei, Stellvertretung anzunehmen, weil sonst — bei Botenschaft — die „gleichzeitige Anwesenheit beider Teile" nicht gewahrt bliebe, die § 925 B. G. B. aber zwingend vorschreibt.

Darum, nicht wer die Entscheidungsmöglichkeit hat, ist Vertreter, sondern wer das rechtlich erhebliche, das vom Recht geforderte Verhalten für eine Erklärung (d. h. doch gültige Erklärung) beobachtet, m. a. W. die Erklärung abgibt,[3]) ist Vertreter, wenn daneben noch erkennbar ist, daß die so von ihm abgegebene Erklärung nicht ihn selbst, sondern dem Willen des Vertreters gemäß den von ihm Vertretenen treffen soll. Gleich-

---

[1]) Vgl. auch unten, S. 47, Anm. 1. Wie hier auch Rosenberg, S. 220, Anm. 1; Hölder, S. 298: „Die Willenserklärung ist ohne die sie bedingende Form nicht vollzogen".

[2]) R. G. Bd. 81, S. 3 (II. Ziv. Senat).

[3]) Und damit also dem begriffswesentlichen Teil, dem Hauptstück (vgl. oben, S. 15, Anm. 2) eines Rechtsgeschäfts Leben und Dasein verleiht.

gültig ist und bleibt, wer den Willensentschluß gefaßt hat; „der Willensentschluß selbst ist ein reiner Seelenvorgang und beruht seinerseits wieder auf verstandesmäßigen und gefühlsmäßigen oder auch noch anderen inneren Seelenvorgängen, die ihn auslösen. Weder diese Beweggründe, noch die Willensentscheidung selbst sind Bestandteile des Handelns (der Erklärung), sie sind vielmehr Grundlagen des Handelns. Das Handeln (Erklärung) geschieht zur Ausführung der getroffenen Willensentscheidung. Nur diese Ausführung ist Aufgabe des Vertreters als solchen", Bourier, S. 375/76.

Die von Bourier vertretene Ansicht findet m. E. noch eine besondere Stütze in den Fällen, wo die Willensentscheidung, der Entschluß, von mehreren Personen getroffen wird, die Erklärung daraufhin aber von einer Person abgegeben wird. Vgl. B. G. B. § 26, Abs. 2: der Vorstand (das kann auch eine einzelne Person sein, § 26, Abs. 1, Satz 2 B. G. B.) vertritt den Verein, er gibt die Erklärungen ab, die Unterlagen dafür werden durch die Mitgliederversammlung beigebracht, der die Entscheidungsmöglichkeit zusteht, § 32 B. G. B. Der Vorstand kann zwar auch Entscheidungmöglichkeit haben, und in der Regel hat er sie auch bis zu einem gewissen Umfange, aber es kann ihm jegliche Entscheidungsmöglichkeit genommen werden, sodaß nur die Mitgliederversammlung Beschlüsse faßt und der Vorstand sie ausführt;[1]) trotzdem handelt der nun in Ausführung der Beschlüsse die Erklärung abgebende Vorstand als Vertreter.

Wenn man die herrschende Lehre möglichst scharf formuliert, so tritt ihre Folgewidrigkeit denn auch klar zutage; im Vordersatz erklärt sie: lediglich das äußere Auftreten ist für die Abgrenzung des Vertreters vom Boten entscheidend und im Nachsatz schließt sie: rein innere[2]) Seelenvorgänge, die Fassung des Willensentschlusses, sind ausschlaggebend. Demgegenüber muß hier besonders auf einen Ausspruch Kohlers hingewiesen werden, der im allgemeinen als Grundsatz unseres Rechts anzusehen ist: „Nicht die internen Bewegungserscheinungen in der Geburtsstätte unseres Wollens sind von rechtlicher Tragweite".[3])

---

[1]) Das ist mit Wirkung gegenüber dritten möglich, § 26, Abs. 2, Satz 2 B. G. B.

[2]) Storz, S. 87: „Durch Zulassung der Vertretung im Willen statuiert das Recht, daß die verborgensten feinsten Gehirnfunktionen des einen an die Stelle der analogen Gehirntätigkeit des andern für diesen rechtliche Wirkungen hervorbringen".

[3]) J. J. Bd. 16, S. 92 und Hölder, S. 298 „der Wille existiert für das Recht nicht ohne seine Aeußerung".

Auch die Rücksicht auf den Erklärungsgegner erfordert dringend, daß allein das äußere Auftreten für die Abgrenzung des Vertreters vom Boten maßgebend ist; er muß erkennen können, ob er es mit einem Boten oder Stellvertreter zu tun hat besonders wegen § 166 B. G. B.[1]); erkennen aber kann er doch nur, was nach außen in die Erscheinung tritt, und das ist die Erklärung als solche, nicht die Fassung des Willensentschlusses. Wer die Entscheidungsmöglichkeit hat und die Entscheidung getroffen hat, wird vielfach garnicht für ihn erkennbar sein; feststellen kann er nur, wer die Erklärung abgibt, und wer sie lediglich übermittelt. (Ich kaufe im Namen des Herrn X: Herr X läßt sagen, er kaufe).

Der Bourierſche Standpunkt deckt sich mit dem Titzes, den dieser in seinem „Mißverständnis", S. 241, Anm. 20, folgendermaßen darlegt: „Wo die Partei bereits das Verhalten beobachtet hat, das auf den betreffenden Geschäftswillen schließen läßt, wo also die Erklärung von ihr bereits „abgegeben" ist und es sich nur darum handelt, diese abgegebene Erklärung weiter zu befördern, liegt Botenschaft vor. Wohingegen die Partei noch kein zum Schluß auf einen bestimmten Geschäftswillen ausreichendes Verhalten beobachtet hat, das dazu Erforderliche vielmehr durch einen dritten geschehen, durch ihn also erst die Erklärung „abgegeben" werden soll, haben wir es mit Stellvertretung zu tun. Es handelt sich sonach um einen Gegensatz, den das Gesetzbuch selbst in § 130 durch die Unterscheidung von Erklärungs„zugang" und Erklärungs„abgabe" zum Ausdruck gebracht hat. Die hier vertretene Auffassung wird sich in sehr vielen Fällen faktisch mit der herkömmlichen Lehre decken, welche den Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter darin erblickt, daß letzterer an der Bildung des Geschäftswillens Anteil habe, ersterer nicht. Begrifflich aber fallen beide Betrachtungsweisen keineswegs zusammen. Denn wenn jemand ein vom Gesetz formalisiertes (etwa an die Schriftform geknüpftes) Rechtsgeschäft errichten will und einem andern den Inhalt der Erklärung erschöpfend angibt mit dem Auftrag, die Urkunde nunmehr aufzusetzen und für ihn, den Auftraggeber, zu unterschreiben, so ist der andere nach jener Lehre Bote, nach unserer (auch der natürlichen Anschauungsweise entsprechenden) Auffassung hingegen Vertreter". Eine verwandte Formulierung auch schon bei Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 345, Anm. 1 a. E. im Anschluß an Hölder, S. 298.

[1]) Nur Mängelkenntnis des Vertreters nicht des Boten wird dem Vertretenen zugerechnet. Vgl. Falkmann, S. 40, 41; Enneccerus. § 169, Anm. 8; siehe aber auch Titze, S. 245, 246.

Wer also das rechtlich wesentliche Verhalten an den Tag legt, die Erklärung abgibt, ist Vertreter; wer dagegen die fertige (abgegebene) Erklärung weiterbefördert, ist Bote.

Demgegenüber wird aber von einer Reihe von Schriftstellern geltend gemacht, daß auch der Bote vielfach erst das vom Recht als wesentlich erachtete Verhalten erfüllte; das sei bei der mündlichen Willenserklärung der Fall; hier bringe erst der Bote die Erklärung zur Vollendung, er gebe sie ab.[1]) Sie glauben diesen Beweis aus § 130 in Verbindung mit § 120 erbringen zu können.

Rosenberg, S. 175 ff. geht sogar soweit, jeden Unterschied nicht nur zwischen dem Stellvertreter und dem eine mündliche Erklärung (S. 193—225), sondern sogar zwischen dem Stellvertreter und dem eine schriftliche Erklärung (S. 226—28) überbringenden Boten zu leugnen. „Wir stehen nicht an, auch den Briefträger einen Vertreter zu nennen" (S. 226). „Allerdings vertritt er nicht in der Erklärungshandlung, sondern in dem Ueberbringen der vom Vertretenen vollzogenen Erklärung". Wer ist aber nach Rosenbergs eigenen Ausführungen Vertreter? „Die Stellvertretung beschränkt sich auf juristisch bedeutsame Handlungen, . . . auf dasjenige menschliche Verhalten" (S. 2). Es muß also eine Handlung, das ist menschliches Verhalten vorliegen. Das Zugehen, also das Ueberbringen einer Erklärung ist aber nicht notwendig menschliche Handlung, es genügt objektives Geschehen, die Erklärung muß nur so in den Machtbereich des Adressaten gelangen, daß . .[2]). Die Erklärung überbringen kann auch ein Tier, an dem der Brief befestigt ist, auch der zufällige Windstoß kann die Erklärung dem Empfänger zutreiben;[3]) so wenigstens bei verkörperten Erklärungen. Rosenberg, S. 227 findet zwar selbst, daß „die Tätigkeit des Briefträgers eine so untergeordnete ist, daß man sie leicht für eine rein faktische halten kann und ihrer bei der Erörterung des Zustandekommens einer Willenserklärung gewöhnlich vergißt. Aber sobald der Ueberbringungsakt in streng juristischen Formen geschieht, (Zustellung durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers), dann kommt auch die juristische Bedeutung des Ueberbringens zum Bewußtsein"! Rosenberg übersieht dabei, daß die Tätigkeit des Briefboten, der bloß körperlich einen Brief überbringt, und die des Gerichtsvollziehers, der zustellt, sich juristisch qualitativ sehr un-

[1]) Oertmann, § 120, Nr. 2 b; derselbe im Recht 06, S. 727, Anm. 4; Falkmann, S. 29, u. a.

[2]) Vgl. Enneccerus, § 149 II, 1.

[3]) Es genügt doch, daß der Absender sich nur der Erklärung entäußert hat zwecks Absendung derselben vgl. Oertmann, § 130, Nr. 3 a.

terscheiden. Beim Briefboten genügt, wie schon oben gesagt, objektives Geschehen,[1]) die Zustellung (die übrigens auch durch einen Briefboten vorgenommen werden kann, Z. P. O. § 193) ist notwendig menschliches Handeln. Die Form (Aufnahme einer Zustellungsurkunde, Z. P. O. § 191) kann nicht von einem Tier gewahrt werden, kann auch nicht ein Zufall herbeiführen. Da also nur im letzten Fall wirkliche Handlung begrifflich vorliegen muß, so könnte man nach Rosenbergs eigenen Ausführungen nur hier von Stellvertretung reden. Aber auch das nicht einmal. Rosenberg, S. 2: „lediglich ein solches Handeln ist Stellvertretung, das kraft seines Inhalts und durch die Art seiner Vornahme geeignet ist, denselben Erfolg zu haben, wie die Tätigkeit des Vertreters selbst". Ist das hier der Fall? Nein. Das Zustellen kann nur eine Urkundsperson, die nach der Z. P O. mit dieser Fähigkeit ausgestattet ist. Wenn der, der zustellen läßt, selbst die „Zustellung" vornähme, so wäre das keine Zustellung im Sinne der Z. P. O. Es knüpfen sich also an das Tun des Gerichtsvollziehers andere Wirkungen, als an das des die Zustellung Veranlassenden, wenn dieser selbst zustellt Damit ist also nach Rosenbergs eigenen Worten das Handeln des Gerichtsvollziehers kein stellvertretendes. M. E. haben wir damit die Ansicht Rosenbergs, daß auch der eine schriftliche Erklärung Ueberbringende Stellvertreter sei, mit Rosenbergs eigenen Grundauffassungen widerlegt.

Können wir aber auch bei dem Ueberbringer einer mündlichen Erklärung dartun, daß er nicht Stellvertreter ist? Auch hier braucht nicht notwendig ein Mensch die mündliche Erklärung zu übermitteln, es genügt, daß die Erklärung dem Empfänger zur Kenntnis kommt; zwar praktisch wird das immer durch Vermittlung eines Menschen geschehen, aber juristisch (begrifflich) würde als Ueberbringer einer mündlichen Erklärung auch ein Tier ausreichen.[2]) Da also auch hier nicht notwendig menschliches Handeln erforderlich ist, so ist gemäß

[1]) Wenn das objektive Geschehen durch einen Menschen herbeigeführt wird, so ändert sich juristisch nichts. Beim gewöhnlichen Ueberbringen einer schriftlichen Erklärung und der Zustellung derselben haben wir den gleichen Gegensatz wie beim „gewöhnlichen" Verbinden, § 946 B. G. B., und dem „Verbinden in Ausübung eines Rechts", § 95, Abs. 1, S. 2 B. G. B.: Das Verbinden des § 946 ist und bleibt begrifflich objektives Geschehen, mag es von Menschen oder durch Zufall herbeigeführt werden; das „Verbinden in Ausübung eines Rechts" ist notwendig menschliche Handlung' Realakt, vgl. oben, § 4 a. E. Nur die wesentlichen Merkmale, die in abstracto erforderlich sind, bestimmen den Begriff, nicht die darüber hinaus in concreto vorliegenden. Diesen Gedanken haben wir auch oben, S. 16, Z. 23 ff. vertreten, als es sich darum handelte festzustellen, ob ein Realakt durch Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Willens Rechtsgeschäftsnatur annähme.

[2]) z. B. ein Papagei. Vgl. Plank, Vorbem. 4 a vor § 164.

den obigen Ausführungen selbst der Ueberbringer einer mündlichen Erklärung kein Vertreter. Er gibt nicht die Erklärung ab, das kann begrifflich nur ein Mensch; denn da zur Abgabe einer Erklärung ein Erklärungswille erforderlich ist, so kommt nur ein Mensch als Erklärender in Frage. Es ist also lediglich der den Boten Absendende der Erklärende.

Diese Ansicht wird auch nicht durch § 130 widerlegt. Wir können es ganz dahingestellt sein lassen, ob eine mündliche Erklärung zugehen kann.[1]) Aber wenn man mit Oertmann, Planck u. a. diese Frage verneint, so folgt daraus noch nicht, daß die durch Boten übermittelte mündliche Erklärung erst durch Vernehmung vollendet wird. Denn wenn man die Zugangsfähigkeit einer mündlichen Erklärung leugnet, so ist damit noch nicht dargetan, daß sie dadurch zu einer Erklärung unter Anwesenden wird, sondern nur, daß ihr Wirksamwerden sich nach den Regeln der Erklärung unter Anwesenden bestimmt, daß also die Vernehmungstheorie, nicht die Empfangstheorie gilt. Oertmann[2]) weist denn auch darauf hin, daß der richtige Gegensatz nicht der zwischen Erklärungen unter Ab- und Anwesenden, sondern der zwischen verkörperten und nichtverkörperten Erklärungen ist.

Daß denn auch wirklich bei mündlichen Erklärungen zwischen Erklärungsabgabe und Wirksamwerden gemäß dem Wortlaut des § 130 unterschieden werden muß, geht aus Planck, § 130, Nr. 7 hervor: „Ist die Erklärung dem Boten nicht nur mitgeteilt, sondern dieser behufs Bestellung abgesendet, dann ist der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit, die danach eintritt, einflußlos"; vgl. § 130, Abs. 2 B. G. B.; sie war also schon vorher abgegeben, sonst müßte sie durch die eben genannten Ereignisse noch beeinflußt werden.

Rosenberg, S. 197, hebt selbst den Gegensatz hervor: „Da die unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung erst mit ihrem Zugehen wirksam wird, so hat der Bote, der eine mündliche Erklärung übermittelt . . , eine das Rechtsgeschäft unmittelbar hervorbringende Aufgabe". Also Rosenberg selbst macht den Unterschied zwischen Abgabe und Wirksamwerden der Erklärung.

Wenn wir genauer hinsehen, so werden wir finden, daß Rosenbergs Beweisführung nicht darauf hinausläuft darzutun, wann eine Willenserklärung abgegeben, vollendet ist, sondern wann sie wirksam wird, („der Bote schafft den rechtsgeschäft-

---

[1]) Vgl. zu dieser Streitfrage Planck, § 130, Nr. 1 c und dort Zitierte; ferner Oertmann im Recht 06, S. 726, Anm. 4.

[2]) § 130, Nr. 4 a E; vgl. auch Titze, S. 191 ff.; Planck l. S. 328.

lichen Tatbestand"),[1]) also nicht, wann eine fertige Willenserklärung vorliegt, sondern wann ein Rechtsgeschäft vorliegt.

Rechtsgeschäft und Willenserklärung sind aber nicht identisch,[2]) brauchen es jedenfalls nicht zu sein. Die Kündigung unter Anwesenden ist Willenserklärung und Rechtsgeschäft zu gleicher Zeit, wenn der anwesende Empfänger die Worte vernommen hat; die schriftliche Kündigung unter Abwesenden ist zunächst nur Willenserklärung, sie wird zum Rechtsgeschäft im Augenblick des Zuganges, dann tritt die Rechtswirkung ein. Besser sagt man auch wohl, nicht die Willenserklärung wird zum Rechtsgeschäft, sondern im Augenblick ihres Zuganges liegt ein Rechtsgeschäft vor, nämlich der Tatbestand, zusammengesetzt aus Willenserklärung + Zugang derselben,[3]) der von der Rechtsordnung „als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist". Bei der mündlichen Kündigung unter Abwesenden, die durch Boten übermittelt wird, besteht der Tatbestand des Rechtsgeschäfts aus: Willenserklärung + Vernehmung derselben. Die mündliche Kündigung unter Anwesenden hat als Rechtsgeschäft die beiden Tatbestandsmomente: Willenserklärung + Vernehmung derselben.[4])

Die Beweisführung Rosenbergs beruht auf einer Verwischung

[1]) So Rosenberg des öfteren, vgl. insbes. S. 226 f.

[2]) Vgl. oben, S. 15, bes. Anm. 3; insbes. Eltzbacher I, S. 121, Anm. 1 u. 2.

[3]) Vgl. auch Oertmann I, S. 296 a.

[4]) Wir können also der Ansicht von Enneccerus, § 136 I, vgl. auch Biermann, Allgem. Teil, S. 137 c, die wenigstens bei Kündigung Rechtsgeschäft und Willenserklärung gleichsetzen, nicht folgen, sondern müssen sagen: Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen sind Willenserklärung und Rechtsgeschäft nie identisch; das Rechtsgeschäft, dem die Willenserklärung angehört, besteht immer mindestens aus zwei Momenten: Willenserklärung + Zugehen bezw. Vernehmung derselben. Nur bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist die Identifizierung möglich (so z. B. bei der pro herede gestio, vgl. Fischer-Henle, § 1943, Anm. 2 und der Anerkennung der Vaterschaft, vgl. Fischer-Henle, § 1598, Anm. 4; vgl. ferner § 151 B. G. B.: mit der Erklärung der Annahme — eine Erklärung ist richtiger Ansicht nach erforderlich; § 151 statuiert keine Ausnahme von der „Annahmebedürftigkeit", sondern von der „Empfangsbedüftigkeit" der Annahmeerklärung — kommt der Vertrag zustande), aber auch hier nicht immer, z. B. bei der Dereliction = Aeußerung des Dereliktionswillens + Besitzaufgabe.

Von diesem unserm Standpunkt aus hat es denn m. E. im gemeinen Recht in Wahrheit nie 4 Theorien, wie allgemein gelehrt wird, vgl. Enneccerus, § 149 A I, über die Vollendung der empfangsbedürftigen Willenserklärug gegeben. Es gab 2 Theorien über die Vollendung (Aeußerungs- und Entäußerungstheorie) und 2 Theorien über Wirksamwerden der Willenserklärung (Empfangs- und Vernehmungstheorie). Vollendet ist eine Willenserklärung immer, wenn sie geäußert ist, sowohl bei empfangs-, wie nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Denn Willenserklärung ist doch „die auf eine dem Privatrecht angehörige Rechtswirkung gerichtete Willensäußerung", Planck I, S. 222, Nr. 1 a. Die Willensäußerung allein ist Essentiale des Begriffs Willenserklärung.

des Unterschiedes zwischen vollendeter Willenserklärung und Wirksamwerden derselben (bezw. vollendetem Rechtsgeschäft), eines Unterschiedes, den das B. G. B. selbst in § 130 mit aller Deutlichkeit macht.

Rosenbergs Ansicht, daß auch der Bote Vertreter ist, weil er den rechtsgeschäftlichen Tatbestand zur Vollendung bringt, läßt sich nur verteidigen, wenn alle Tatbestandsmomente gleichwertig sind; denn dann wäre kein Grund vorhanden, unter den bei der Herstellung des Tatbestandes Mitwirkenden juristisch qualitative Unterschiede zu machen. Aber alle Tatbestandsstücke sind nicht gleichwertig;[1]) die Willenserklärung (erforderlichenfalls in der gehörigen Form abgegeben) ist, um eine römisch-rechtliche Ausdrucksweise zu gebrauchen, „(caput et) fundamentum" jegliches Rechtsgeschäfts, sie stellt das Begriffswesentliche dar; die übrigen Tatbestandsmomente sind Akzidentalien.

Nur wer das Hauptstück des Tatbestandes für einen andern verwirklicht, die Erklärung abgibt, ist Vertreter; wer im übrigen bei der Verwirklichung von Tatbestandsstücken für einen andern mitwirkt, wird dadurch nicht zum Vertreter, ja selbst der Vertreter in der Abgabe der Erklärung erfüllt, wenn von ihm diese nebensächlichen Tatbestandsmomente vorgenommen werden, dieselben nicht als Vertreter im technischen Sinne.[2])

So wird denn auch der Bote dadurch, daß er das Schlußstück des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, das Zugehen bezw. Vernehmen der Erklärung herbeiführt, nicht zum Vertreter, wie Rosenberg annimmt. Was der Bote hier bewerkstelligt, ist immer nur Ermöglichung des Wirksamwerdens der Willenserklärung eines andern; er erfüllt nur eine Rechtsbedingung, ohne die eine Erklärung nicht wirksam wird;[3]) aber vorhanden ist die Erklärung schon vorher.

---

[1]) Ein Fehler der Beweisführung Rosenbergs besteht z. B. darin, daß er Form einer Willenserklärung und Zugang derselben juristisch einander gleichstellt: ‚Die Form hat keine andere Funktion als das Zugehen der Willenserklärung', S. 220/21. Das ist aber nicht zutreffend (Rosenbergs Hinweis auf § 154, Abs. 2 verrät wieder die Identifizierung von Willenserklärung und Rechtsgeschäft, hier Vertrag); wenn eine Willenserklärung in einer Form abgegeben werden muß, so liegt vor Erfüllung der Form überhaupt noch keine Willenserklärung vor, es ist juristisch ein nullum, welches weder zugehen noch übermittelt werden kann, vgl. oben, S. 39/40. Vor dem Zugang einer Erklärung liegt aber immerhin schon ein juristisches Etwas (eine Willenserklärung) vor, welches mit Zugang Wirksamkeit erlangt.

[2]) Vgl. z. B. Wolff, § 14, Anm. 9.

[3]) Oertmann, Recht 06, S. 724.

Die Botentätigkeit bildet also nicht einen Bestandteil der Erklärung,[1]) sondern einen solchen des Rechtsgeschäfts.

Würde man den Boten als den die Erklärung Abgebenden ansehen, so käme man zu dem Ergebnis, daß für die Botenstellung immerhin eine beschränkte Geschäftsfähigkeit erforderlich wäre, die beim Boten ja nicht verlangt wird;[2]) denn ein Geschäftsunfähiger kann gemäß § 105, Abs. 1 keine Willenserklärung abgeben, das positive Recht versagt ihm schlechthin diese Fähigkeit. Auch das spricht wohl mit aller Deutlichkeit dafür, daß der eine mündliche Erklärung übermittelnde Bote nicht die Erklärung selbst abgibt. Oertmann[3]) hält dieses Argument nicht für durchschlagend, weil der Vertreter = Bote die Erklärung nicht als Ergebnis eigenen, sondern lediglich fremden Willens abgebe und die Geschäftsunfähigkeit nur auf der Unfähigkeit zum vernünftigen Wollen beruhe. Warum hat dann aber das B. G. B. bei Willenserklärungen, die lediglich rechtlichen Vorteil bringen, auf der Altersstufe von 7 Jahren Halt gemacht?[4]) Das Wollen, das lediglich rechtlichen Vorteil bringt, dürfte doch wohl immer vernünftig sein.[5])

Der Stellvertreter, nicht der Bote ist also[6]) der Stellvertreter in der Erklärung; denn der Bote gibt gar keine Erklärung ab; er übermittelt sie nur.

Wir bleiben also bei unserer S. 43 oben entwickelten Ansicht, daß, wer das vom Recht geforderte wesentliche Verhalten an den Tag legt, die Erklärung also abgegeben, ihr das Dasein verliehen hat, Vertreter ist; daß dagegen der Bote ebenso wie der Schreiber nur eine Hilfstätigkeit entwickelt, er sorgt dafür und dient dazu, die fertige Erklärung dem Empfänger zuzuleiten. Besonders klar wird der Unterschied, wenn wir ihn strafrechtlich formulieren: der Vertreter nimmt die Ausführungshandlung selbst vor, er erklärt; der Bote dagegen leistet Beihülfe, indem er nur eine Bedingung zum Erfolge setzt und nach außen zu erkennen gibt, daß er seine Handlung, seine

[1]) Die Berufung auf § 120 (vgl. die oben S. 43, Anm. 1 Zitierten) kann nicht als beweiskräftig anerkannt werden; denn in § 120 ist die Tätigkeit des Boten eine anomale, eine pathologische Erscheinung. Der Bote tut nicht das, was er sollte. Wenn man aber den Normaltypus des Boten darstellen will, darf man nicht Anomalien zu Regeln erheben.

[2]) Vgl. Falkmann, S. 39.

[3]) Vorbem. 7 d vor § 164.

[4]) Vgl. § 104, Z. 1; § 105, Abs. 1; § 107 B. G. B.

[5]) Diese Argumente muß ich auch Rosenberg, S. 252 ff. entgegensetzen; das B. G. B. hätte den von Rosenberg angegebenen Weg gehen können, jedem im natürlichen Sinne willensfähigen Menschen die Fähigkeit, Willenserklärungen abzugeben, beilegen können; es ist ihn aber nicht gegangen, wie §§ 104 und 105 unzweideutig ergeben.

[6]) Entgegen Windscheid, § 73, Anm. 2.

Mitteilung als im Dienst einer anderen Tat, der Erklärung des Absenders stehend betrachtet.[1])

Da die Stellvertretungslehre im B. G. B. bei Willenserklärungen (Rechtsgeschäften) geregelt ist, diese aber „der Privatautonomie zu dienen bestimmt“[2]) sind, so ergibt sich, daß die Wirkungen die andere Person nur treffen, weil sie so gewollt sind. Tritt die Fremdwirkung ohne oder gar gegen den Willen der handelnden Person mit Rechtsnotwendigkeit ein, so liegt keine Stellvertretung im Sinne von §§ 164 ff. vor. Darum waren die gewaltunterworfenen Personen im römischen Recht keine Stellvertreter.[3])

Der bloße Wille, daß die Wirkungen eine andere Person als die erklärende treffen sollen, genügt aber nicht, um die Fremdwirkung herbeizuführen, sondern der entsprechende Wille muß auch erklärt sein.[4]) Das versteht das B. G. B. unter dem Ausdruck: im Namen eines andern eine Erklärung abgeben. Die Beziehung auf eine andere Person als die erklärende muß dem Erklärungsempfänger gegenüber erkennbar zutage treten (Offenheitsprinzip), wenn auch nur aus den Umständen erkennbar § 164, Abs. 1 Satz 2.

Damit endlich die Wirkungen den Vertretenen treffen, muß der Vertreter Vertretungsmacht haben oder der Vertretene das vollmachtlose Handeln des Vertreters genehmigen.

Tritt das Handeln in fremdem Namen nicht erkennbar hervor, so liegt mittelbare Stellvertretung vor, welche in Wahrheit keine Stellvertretung ist; denn hier treten die Rechtswirkungen nicht unmittelbar in der Person des „Vertretenen“ ein, sondern es bedarf noch eines besonderen Rechtsübertragungsaktes, um diesen Erfolg herbeizuführen.

Damit haben wir wohl die wesentlichsten Merkmale der Stellvertretungslehre hinreichend gekennzeichnet, um feststellen zu können, ob eine solche Stellvertretung bei der Verarbeitung möglich ist.

---

[1]) Vgl. v. Liszt, § 51 II; § 50, Anm. 10: Die subjektive Theorie, nach der allein die Willensrichtung, ob Bote oder nicht, entscheidend sein würde, ist hier naturgemäß mit Rücksicht auf den Erklärungsempfänger unanwendbar, für den nur das maßgebend sein kann, was nach außen in die Erscheinung tritt.

[2]) Manigk I, S. 314. Diese rechtsschöpferische Kraft des Rechtssubjekts, die Privatautonomie, beruht aber nur auf dem objektiven Recht; vergl. Enneccerus § 45 I und Anm. 1.

[3]) Vgl. Manigk I, S. 312, 13; Matthiaß, S. 124.

[4]) Daß damit zunächst die Erklärung und nicht der Wille zum entscheidenden Moment wird, war oben, S. 14, Anm. 4, schon gesagt.

§ 18. a) Keine direkte oder analoge Anwendung der §§ 164 ff. B. G. B.

Bei der Stellvertretung des B. G. B. tritt die Fremdwirkung ein, weil sie gewollt ist. Da nun die Spezifikation kein Rechtsgeschäft ist, so kann die Fremdwirkung bei ihr nicht abhängen von dem auf diesen Rechtserfolg gerichteten Willen des Arbeitenden. Darin liegt das erste Unterscheidungsmerkmal zwischen der fremdwirkenden Spezifikation und der Stellvertretung des B. G. B.

Sodann treten die Fremdwirkungen der Stellvertretung des B. G. B. nur ein, weil sie dem Geschäftsgegner gegenüber als gewollt erkennbar gemacht sind; es muß „im Namen" des Vertretenen dem andern Teil gegenüber gehandelt sein. Kann man nun auch bei der Spezifikation von einem Handeln im fremden Namen sprechen? Man könnte daran denken, daß der Arbeiter den Namen des Arbeitsherrn nennen müßte. Aber wem gegenüber soll denn das Geschäft auf den Namen des Geschäftsherrn gestellt werden?

Bei vielen fremdwirkenden Spezifikationsfällen, bei dem Tätigsein der unselbständigen Arbeiter wird zwar in der Regel[1]) offenbar[2]) sein, für wen sie tätig sind, so bei dem Arbeiter in der Fabrik, dem Gesellen in der Werkstatt. Auch bei der Stellvertretung haben wir zwar Fälle, wo Handeln im fremden Namen grundsätzlich vorliegt, z. B. beim Ladenangestellten, vgl. auch § 1356 B. G. B. Aber diese Personen sind in der Lage, bei Rechtsgeschäften trotz des äußeren oder vom Recht vermuteten Beziehungsverhältnisses auf einen andern im eigenen Namen zu handeln, wenn sie dies erklären. Der Fabrikarbeiter oder Geselle kann aber nicht durch seinen entgegengesetzten erklärten Willen die Fremdwirkung seiner Arbeit verhindern; selbst wenn er durch Plakate usw. in der Fabrik ersichtlich machte oder seinen Arbeitskollegen erklärte, daß er für sich arbeiten wolle, erwirbt er mit Notwendigkeit dem Fabrikherrn, solange er im Fabrikbetriebe mit und an den Sachen des Fabrikanten in der ihm aufgetragenen Richtung tätig ist.[3]) Eine notwendige Stellvertretung ist aber keine Stellvertretung im Sinne des B. G. B. (vgl. oben, S. 49).

---

[1]) Auch hier nicht immer, vgl. Kießling, S. 29, Anm. 8: beim abhängigen Heimarbeiter.

[2]) Isay, S. 299 ff. des öfteren: die Arbeiter „stehen in einem typisch zur räumlichen Erscheinung gelangenden Bezüglichkeitsverhältnis".

[3]) Unter diesen Umständen wäre auch eine Erklärung dem Fabrikherrn gegenüber, daß man für sich verarbeiten wolle, als eine protestatio facto contraria aufzufassen.

Andererseits wird es bei den selbständigen Unternehmern, die an gelieferten Stoffen eines Kunden arbeiten — auch hier tritt ja Fremdwirkung ein, vgl. oben, S. 29 — meist aber nicht offenbar werden, für wen oder daß sie überhaupt mit unmittelbarer Fremdwirkung für einen andern tätig sind. Umgekehrt wieder können sie durch Offenkundigmachen, daß sie für einen andern arbeiten, nicht unmittelbare Fremdwirkung herbeiführen, wenn sie an selbstbeschafften Stoffen tätig sind. Hier bleibt es bei der Eigenwirkung. Ein entgegenstehender Wille kann wegen der zwingenden Natur des § 950 nicht beachtet werden. Das zeigt uns, daß die Fremdwirkung nicht vom Offenheitsprinzip beherrscht ist;[1]) es braucht nicht erkennbar gemacht zu werden, ob z. B. die Stiefel oder der Anzug aus geliefertem Stoff, also mit Fremdwirkung, oder aus selbstbeschafftem, also mit Eigenerwerb, hergestellt werden.

Wir können uns also nicht mit den Ansichten,[2]) die mehr oder minder auf dem Offenheitsprinzip beruhen, befreunden.

Zu Kleins eingehender Begründung (S. 52 ff.), daß auch bei Rechtshandlungen Stellvertretung möglich sei, kann hier nicht Stellung genommen werden; denn so, wie die Frage von Klein gestellt ist, geht sie über den Rahmen unserer Aufgabe weit hinaus. Klein untersucht, ob bei Rechtshandlungen (das sind im Sinne der herrschenden Lehre alle rechtmäßigen Handlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind) überhaupt eine Stellvertretung möglich und eine analoge Anwendbarkeit der §§ 164 ff. gegeben sei. Wenn Klein zu einer Bejahung dieser Frage gekommen ist, so braucht diese Ansicht mit der von uns soeben entwickelten, das Handeln im Namen eines andern bei der Spezifikation ablehnenden nicht notwendig in Widerspruch zu stehen, da wir bei den geschäftsähnlichen Willensäußerungen und Mitteilungen[3]) mit Enneccerus[4]) die analoge Anwendbarkeit der §§ 164 ff. bejahen möchten. Nur hinsichtlich dieser dürfte aber Klein auch wohl die analoge Anwendbarkeit dargetan haben durch Berufung auf §§ 49, Abs. 1, 54, Abs. 1, H. G. B. u. a. Gesetzesstellen („ermächtigt zu Geschäften und Rechtshandlungen"). Diese analoge Anwendbarkeit auf die genannten Erscheinungen ist aber auch begründet: Rechtsgeschäfte dienen dem Verkehrsleben; der Teil der Rechtshandlungen, die nach Klein nicht zu den rein äußeren Handlungen zählen, sind Begleiterscheinun-

[1]) Vgl. auch Isay, S. 300—301; Rümelin, S. 283.
[2]) Ihering, J. J. Bd. 1, S. 334; Frz. Leonhard, S. 112/13; Kießling, S. 34, 35.
[3]) Enneccerus, § 128 III, 2.
[4]) § 194, I, 3, den dort Anm. 7 Zitierten und Oertmann, Allg. Teil, S. 504/05.

gen der Rechtsgeschäfte. Wenn sie darum den Rechtsgeschäften analog behandelt werden auch hinsichtlich der Vertretung, so hat das guten Grund; für die rein äußeren Handlungen als Nicht-Verkehrsgeschäfte trifft dieser Grund nicht zu. Daß die rein äußeren Handlungen unter den Rechtshandlungsbegriff des H. G. B. fallen, hat Klein denn auch nirgends dargetan.

Hinsichtlich der Vertretung bei der Verarbeitung äußert sich Klein, S. 62, nur dahin, daß „ein Handeln als Vertreter auf Grund einer allgemein erteilten Vollmacht denkbar" wäre, während Klein früher[1]) die Möglichkeit einer Stellvertretung bei der Verarbeitung verneint hatte. Wenn Klein sie jetzt aber nur bei einer „allgemein erteilten Vollmacht" bejaht, so zeigt uns das, von welcher Stellvertretungslehre aus Klein zu diesem Ergebnis gekommen ist. Klein sieht mit der herrschenden Lehre das Charakteristikum des Stellvertreters in dessen Entscheidungsmöglichkeit„ wo der Handelnde auf Grund einer allgemein erteilten Vollmacht (Prokura, Generalvollmacht und dergleichen) in der Lage war, nach eigener selbständiger Initiative die Rechtshandlung vorzunehmen, wo der Bevollmächtigte bei der Vornahme der Rechtshandlungen nach freiem Ermessen gehandelt hat. Hier liegt richtiger Auffassung nach Stellvertretung vor", Klein S. 59. Von dieser Grundauffassung aus bejaht Klein denn auch schlechthin die Möglichkeit einer fremdwirkenden Spezifikation durch Tätigkeit gesetzlicher Vertreter (S. 53); wo diese selbständige Initiative nicht gegeben sei, liege bloße „Gehilfentätigkeit" vor. Wir haben schon oben, S. 38/43 gezeigt, daß die Entscheidungsmöglichkeit nicht Charakteristikum des Stellvertreters ist. Im übrigen wird uns die Frage, ob der fremdwirkende Verarbeiter als Gehilfe anzusprechen ist, noch weiter unten näher beschäftigen. Wie Klein das Handeln „im Namen des Vertretenen"[2]) (S. 53) bei den rein äußeren Handlungen verstanden wissen will, darüber äußert er sich nicht. Ich darf daher auf meine obigen Ausführungen verweisen, wo gezeigt wurde, daß es auf das Handeln im Namen eines andern hier nicht ankommt.

Klein führt jedenfalls wenigstens seine Ansicht von der Vertretung im Willen als einer dem Vertreter gegebenen Entscheidungsmöglichkeit konsequent durch. Die Ausführungen anderer Autoren,[3]) „Stellvertretung im Willen" in diesem

[1]) Oesterr. Zentralbl. f. d. jur. Prax. Bd. 28, S. 724.

[2]) Auch Wolff, Bau auf fremdem Boden, S. 75/76 gibt nicht an, wie das „Handeln im Namen des andern" bei nicht rechtsgeschäftlichen Handlungen (wie der Verarbeitung, Anm. 7 daselbst) aufzufassen sei, und worin es sich zeige.

[3]) z. B. Richter, S. 24/25; S. 5/6.

Sinne sei bei der Verarbeitung nicht möglich, haben mich in keiner Weise überzeugt. Die Entscheidungsmöglichkeit von Fabrikleitern, Vorstehern von selbständigen Abteilungen, Gutsverwaltern usw. zeigt zur Genüge, daß eine Entscheidungsmöglichkeit sehr oft eingeräumt ist. Von diesem Standpunkt aus hätte man m. E. nie die Möglichkeit einer Stellvertretung bei der Verarbeitung grundsätzlich verneinen können. Aber die sog. Vertretung im Willen ist ja, wie oben S. 38/39 dargelegt, kein Charakteristikum des Vertreters, sondern des Verwalters.

Wir können also als bisheriges Ergebnis feststellen, daß die Stellvertretungsvorschriften des B. G. B. unmittelbar auf die fremdwirkende Verarbeitung nicht anwendbar sind, auch nicht in der von Ihering, Leonhard, Klein verteidigten Form.

Ebenso ist auch nicht eine allgemeine analoge Anwendung der Stellvertretungsvorschriften des B. G. B. auf die fremdwirkende Spezifikation zu begründen; denn die „Analogie hat ihre Grenze im Zweck des anzuwendenden Gesetzes".[1]) Die Stellvertretungslehre des B. G. B. ist aber bei den Rechtsgeschäften entwickelt: und die Rechtsgeschäfte sind dazu bestimmt, der Privatautonomie zu dienen, also gilt dasselbe auch von der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung.[2]) Mit den „rein äußeren Handlungen" werden aber andere Zwecke verfolgt, als dem Willen der Menschen rechtliche Gestaltungskraft beizulegen.

Die Stellvertretungslehre des B. G. B. kommt also für die Behandlung der fremdwirkenden Spezifikation nicht in Frage.

Ob aber vielleicht nicht sozusagen eine Stellvertretung sui generis in der von Rümelin, S. 284 ff. und Krückmann[3]) angegebenen Art vorliegt, mag später noch untersucht werden, falls wir zu dem Ergebnis kommen, daß auch die herrschende Lehre uns nicht beifallswert erscheint.

Deshalb soll zunächst nun die herrschende Lehre einer kritischen Prüfung unterzogen werden.

§ 19. b) Ablehnung der herrschende Lehre (Nichtvertretertheorie).

Einige Vertreter der herrschenden Lehre begnügen sich damit, die Vertretertheorie ausnahmslos zu bekämpfen und darzutun, daß sie unhaltbar ist.[4])

[1]) R. Leonhard, S. 258.
[2]) Manigk I, S. 314.
[3]) J. J. Bd. 65, S. 230/31; besonders Anm. 1 auf S. 231,
[4]) Vgl. z. B. Biermann, § 950, Nr. 2; Enneccerus, § 194, II, 1 a und b.

Wenn man darüber hinausgeht, so gebraucht man in Anlehnung an Prot. III, S. 243 gewöhnlich die Formel: „Dem Herstellen steht das Herstellenlassen gleich".[1] [2]) Ob und wann ein solches Herstellenlassen dem Herstellen gleichsteht, der Arbeitsherr also „als Spezifikant gilt", soll sich dann nach der Verkehrsauffassung bestimmen.[3]) Ueber eine Fiktion kommt man also bestenfalls nicht hinaus; mit der Fiktion vertauscht man die Parteirollen, den, der verarbeiten läßt, setzt man an die Stelle des wirklich Arbeitenden. Manigk[4]) geht sogar soweit zu sagen, der Arbeitsherr ist Spezifikant.[5]) Mit dieser Fiktion ist aber über das Wesen der fremdwirkenden Spezifikation nichts gesagt; „das rechtliche Hindernis, dessen man sonst nicht Herr werden konnte, ist nur hinwegfingiert".[6]) Mit einer Verweisung auf die Verkehrsanschauung oder Lebensauffassung, die sich für einfachere Fälle wohl ermitteln läßt,[7]) bei schwierigeren aber nicht ausreicht,[8]) wird die Entscheidung in der Regel nur um eine Instanz hinausgeschoben, von der Theorie an den urteilenden Richter. Diese Theorie bringt keinen positiven Gewinn; im Grunde verneint sie nur; damit hat sie sich selbst ihr Urteil gesprochen.

Eine Reihe von Autoren versucht dann aber, nachdem sie über Vorliegen oder Nichtvorliegen fremdwirkender Spezifikation die Verkehrsauffassung hat e tscheiden lassen, tiefer in das Wesen der fremdwirkenden Spezifikation einzudringen. Da Stellvertretung, weil sie nur bei Rechtsgeschäften möglich sei, von vornherein ausscheide, bleibt nach ihrer Ansicht[9]) nur die Möglichkeit, die Arbeit als tatsächliche Hilfe gleich dem Botendienst bei rechtsgeschäftlichem Verkehr anzusehen; denn andere Formen unmittelbaren Tätigseins für einen andern gäbe es

[1]) So insbesondere Staudinger, § 950, 5 b ; Goldmann-Lilienthal, S. 95.

[2]) Daß diese Formel sehr anfechtbar ist, vgl. Biermann, § 950, Nr. 2. So kann man z. B. auch sehr wohl in dem Falle, wo der Handwerker für mich aus von ihm selbst beschafften Stoffen ein Werk herstellt, von einem Herstellenlassen sprechen, und doch, obwohl ich mir einen Anzug in dieser Weise „herstellen lasse", werde ich nicht unmittelbar Eigentümer.

[3]) Vgl. Wolff, § 72 III; Enneccerus, § 194 II, 1 b; Staudinger § 950, 5 b

[4]) II, S. 669; ebenso Wunderlich, S. 22.

[5]) „Die Handlung aber ist etwas Unveräußerliches, sie kann nur die des Handelnden sein", Brinz, Krit. Bl. II, 1852, S. 42.

[6]) Ihering, Geist, S. 294.

[7]) Gegen jede Verweisung auf die Verkehrsanschauung hier Brodmann, J. J. Bd. 58, S. 227 ff.

[8]) Man vgl. die in § 2 gebrachte Uebersicht.

[9]) Vgl. z. B. Block, S. 45; Busch, S. 45.

nicht. So stellen einige den fremdwirkenden Spezifikanten als Gehilfen des Arbeitsherrn hin.[1])

Von der Annahme, daß Botendienst und fremdwirkende Spezifikation gleichständen, ausgehend, und da der Bote dann in der Regel im Anschluß an Buchka als „willenloses Werkzeug in der Hand seines Herrn" bezeichnet wird, schreckt dann die überwiegende Zahl der Schriftsteller nicht davor zurück, auch den fremdwirkenden Verarbeiter zum Werkzeug, mit dem der Herr spezifiziert, zu degradieren. Zu was für wenig geschmackvollen Formulierungen man auf diese Weise kommt, mag ein Beispiel zeigen: Busch, S. 45:[2]) „Der tatsächliche Verarbeiter ist lediglich Werkzeug, Organ, verlängerte Hand des Bestellers. Ebenso wie man einen Stoff verarbeiten kann mit Hilfe irgendwelcher Maschinen, so kann man auch die vollkommenste Maschine gebrauchen, die existiert, den Menschen. . . Der natürliche auf Herstellung gerichtete Wille,[3]) den der als Verarbeiter gebrauchte Mensch benötigt, ist ebenso wie jede seiner mehr oder minder wertvollen Fähigkeiten und Fertigkeiten lediglich eine Eigenschaft seiner Person als Werkzeug, die einem mit der Benutzung des Werkzeugs zugute kommt". Und ob der Arbeiter nun als solches Werkzeug gehandelt hat, „wird im wesentlichen nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden sein, um zu praktisch befriedigenden Ergebnissen zu gelangen". (Ebert, S. 85). Man wird hier doch fragen müssen, ob man der Verkehrsanschauung nicht zuviel zumutet. Wo sollte denn wohl eine Verkehrsanschauung bestehen dahin, daß man Fabrikarbeiter, Gesellen, selbständige Unternehmer, die an vom Besteller geliefertem Stoff tätig sind, unterschiedslos als Werkzeuge eines andern anspricht? Gegen einen solchen Konstruktionsversuch wendet sich denn auch v. Bonin, S. 119/20 mit vollem Recht: „Das moderne Recht verträgt es nicht mehr, Menschen wie Tiere oder Maschinen anzusehen . . Die Fiktion eines willenlosen, versachlichten Menschen ist für das B. G. B. ein Unding". Obwohl einige, z. B. Ebert, S. 85 ff., sich veranlaßt sehen, die Werkzeugtheorie wenigstens bei selbständigen Unternehmern aufzugeben, ohne für die so entstehende Lücke einen Ersatz zu bieten, wird sie von anderen ausnahmslos vertreten, vgl. z. B. Busch, S. 45.

Auch der Umstand, daß die Anregung zur Arbeit nicht vom Besteller auszugehen braucht, wie weiter unten dargetan,

---

[1]) Wolfgramm, S. 39/40. S. 41; Block, S. 60; Immel, S. 48; Richter, S. 44/45; Klein, S. 62, soweit nach ihm nicht Stellvertretung gegeben.

[2]) Vgl. besonders auch Block, S. 46.

[3]) Also obwohl Werkzeug, hat der Verarbeiter doch wieder einen Willen!

S. 74 und S. 87, spricht gegen die Werkzeugtheorie; ebenso versagt sie in den Fällen, wo der Arbeiter nicht nach Anweisung, sondern originell schafft, obwohl auch im letzteren Falle die Fremdwirkung nicht ausbleibt, vgl. Wolff. § 73 III.

Ebenso müssen wir zuletzt auch noch die herrschende Lehre in der Form der Gehilfentheorie, der Arbeiter leiste tatsächlich Hilfe, ablehnen.

Wer ist Gehilfe? Darauf gibt uns die klarste Antwort die Strafrechtswissenschaft.[1]) Gehilfe ist, wer eine Bedingung zum Erfolge setzt, wer also einem andern ermöglicht, sein Tun zu entfalten. Wer dagegen das vom Recht geforderte Verhalten selbst verwirklicht, also die Ausführungshandlung, das Verarbeiten vornimmt, ist Täter, hier also Spezifikant. Bei der Abgrenzung des Stellvertreters vom Boten fällt letzterem als Gehilfen eine größere Zahl von Fällen zu, weil, wenn der Geschäftsherr selbst es will, die Willenserklärung nur auszusprechen braucht in der Regel (von Formvorschriften abgesehen), und seine Willenserklärung ist vollendet. Dem andern bleibt dann, wenn er auftragsgemäß handelt, immer nur die Rolle eines Gehilfen, Boten. So im Gebiet der Willenserklärungen. Anders dagegen bei den Realakten. Hier ist nicht der Wille des Rechtssubjekts nahezu allmächtig. Wenn der Geschäftsherr, Arbeitsherr spricht, so steht das neue Werk noch nicht fertig da; das entscheidende Tun muß immer noch geleistet werden. Dem Arbeiter fällt also die Rolle zu, die Ausführungshandlung, das vom Recht geforderte wesentliche Verhalten, die Herstellung der neuen Sache selbst vorzunehmen. Für Gehilfentätigkeit ist im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen Verkehr hier kaum Raum; sie beschränkt sich darauf, wenn jemand einem andern Handlangerdienste leistet oder die Vorbereitungshandlungen erledigt, damit ein anderer umso besser und schneller das entscheidende Tun, die Spezifikation vollenden kann.

Wenn wir den Tatsachen Rechnung tragen und nicht „aus konstruktivistischen Gründen heraus gegen die wahren tatsächlichen Verhältnisse argumentieren",[2]) kommen wir zu dem Ergebnis, daß auch die herrschende Lehre, in welcher Gestalt sie auch immer vertreten wird, sowohl in der Form, daß nach der Verkehrsauffassung der Arbeitsherr als Spezifikannt gelten, als daß der Arbeitsherr den Arbeiter, der Besteller den Unternehmer als Werkzeug, als Gehilfen gebrauchen soll, nicht beifallswert ist.

[1]) Vgl. oben S. 49, Anm. 1.
[2]) Krückmann, J. J. Bd. 65, S. 231, Anm. 1.

§ 20. c) Ablehnung der Ansichten von Rümelin und Krückmann (Vertreter in der Rechtsausübung).

Es sind demnach nun nur mehr noch die Ansichten von Rümelin und Krückmann einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

Rümelin, S. 284 meint, es sei „abwegig, die Parallele des Vertretungsrechts bei Willenserklärungen heranzuziehen", es müsse „abgestellt werden auf das zwischen dem die Verarbeitung tatsächlich Vornehmenden und dem etwaigen Geschäftsherrn zugrunde liegende Verhältnis. Nur werde ein etwaiges Stoffeigentum des Verarbeitenden von durchschlagendem Einfluß auf die Bedeutung der Spezifikationshandlung sein". Worin das „zugrunde liegende Verhältnis" genauer bestehen soll, ist nicht klar ausgedrückt, jedenfalls meint Rümelin damit nicht, daß ein Vertragsverhältnis erforderlich sei, denn er nimmt die Möglichkeit fremdwirkender Spezifikation auch bei neg. gest. an. Rümelin will das Verhältnis rein objektiv, also unbeeinträchtigt durch den Willen der Parteien als solchen bestimmen; insofern ist ihm beizupflichten. Aber man vermißt denn doch eine schärfere Abgrenzung. In dem Fall, wo der Spezifikant irrtümlich eigenen Stoff für den Arbeitsherrn verarbeitet, soll die „objektive Bedeutung der Spezifikationshandlung nicht mehr auf Fremderwerb hinweisen". Wenn also ein Fabrikarbeiter oder ein Handwerkergeselle ihm vom Arbeitsherrn gelieferten Stoff verarbeitet, soll der Arbeitsherr dann nicht Eigentümer werden, wenn dieser Stoff dem Verarbeitenden selbst gehörte und dieser es nicht entdeckt hat? Ich möchte hier sogar dann Eigentumserwerb des Arbeitsherrn annehmen, wenn der Arbeiter gewußt hat, daß er eigenen Stoff verarbeitet. Warum der Arbeiter jedem andern das Eigentum am Stoff zugunsten seines Arbeitsherrn entziehen kann, nur sich selbst nicht, dafür ist wohl kein Grund ersichtlich. Der Spezifikationserfolg tritt bei eigener Spezifikation ein ohne Rücksicht auf Wissen, ob man eigenen Stoff oder fremden verarbeitet. Erfordert da nicht auch die fremdwirkende Spezifikation eine unterschiedslose Behandlung ohne jede Rücksicht auf jedwedes Wissen des Verarbeitenden, wenn nur das Verhältnis gegeben ist, in dem im allgemeinen fremdwirkende Spezifikation eintritt, wie wir es noch weiter unten genauer formulieren werden? Wann also „der Spezifikationshandlung die Bedeutung einer stellvertretenden beizulegen ist" (Rümelin S. 284), und wie diese Art

Stellvertretung näher zu bestimmen ist, darüber finden wir bei Rümelin keine befriedigende Antwort.[1])

Wir haben uns zuletzt nun noch mit der Ansicht von Krückmann (J. J. Bd. 65, S. 229–32) zu befassen. Wann eine fremdwirkende Spezifikation vorliegt, darüber gibt Krückmann m. E. eine richtige Antwort; sie deckt sich mit dem von uns bisher festgestellten Ergebnis. „Es kommt darauf an, wie der Verarbeiter in den Besitz des Stoffes gekommen ist. Kam er unabhängig von mir in den Besitz, so erwirbt er Eigentum. Habe ich ihm aber den Besitz verschafft, sei es aus eigenem Besitz, sei es dadurch, daß ich den Vorbesitzer veranlaßte, in meinem Auftrage dem Fabrikanten den Besitz zu verschaffen, dann erwerbe ich das Eigentum. M. a. W.: Entweder der Fabrikant übt eigenes Recht oder fremden Besitz aus oder einen Besitz, der ihm für fremde Rechnung übertragen ist. Im ersten Fall erwirbt er das Eigentum, in den drei letzten Fällen der Besteller. Denn man vergesse nicht, Verarbeitung ist Einwirkung auf eine Sache und folglich . . . Ausübung des Rechts an der Sache. Der Verarbeiter übt entweder eigenes oder fremdes Recht aus. Das ganze Problem ist ausschließlich auf die Begriffe . . . Rechtsausübung und tatsächliche Vertretung zu bringen".[2]) Krückmann kommt also zu dem Ergebnis: die fremdwirkende Spezifikation ist Vertretung in der Rechtsausübung. Diese „Vertretung in der Rechtsausübung" zerfällt nach ihm in die „Rechtsausübung in Form eines Rechtsgeschäfts",[3]) [4]) das ist die Stellvertretung im Sinne des B. G. B., und in die „Rechtsausübung in Form von Nichtrechtsgeschäften", die im B. G. B. nicht geregelt sei, aber einen eigenen Platz im System erhalten müsse.[5]) Uns interessiert hier nur die Stellvertretung in der Rechtsausübung in der Form der Nichtrechtsgeschäfte, also der Rechtshandlungen, insbesondere der Tathandlungen.

Liegt denn aber in allen Fällen eine Rechtsausübung des Verarbeitenden vor? In den meisten Fällen der Verarbeitung im Sinne von § 950 liegt objektiv Widerrechtlichkeit vor; „das Eigentum wird verletzt"[6]) wider den Willen des Eigentümers,

---

[1]) Vgl. gegen Rümelin denn auch besonders Busch, S. 52, Anm, 1.
[2]) Krückmann, J. J 65, S. 230.
[3]) Vgl. v. Tuhr II, 2, S. 373; Bekker, § 23; überhaupt decken sich Bekkers Ausführungen grundsätzlich mit denen Krückmanns.
[4]) Ob der rechtsgeschäftliche Vertreter wirklich ein Recht für den Vertretenen ausübt, darüber kann man streiten; vgl. Enneccerus, § 171 I u. III; besonders Anm. 3; andererseits Rosenberg, S. 117 ff.
[5]) Krückmann, a. a. O., S. 231.
[6]) Sokolowski, Philosophie im Privatrecht, Bd. I, S. 191.

ohne daß ein Recht dazu vorläge; die objektive Widerrechtlichkeit wird auch nicht dadurch behoben, daß der persönlich Arbeitende seinen Besitz von dem Besteller der Arbeit, dem Arbeitsherrn ableitet. Denn auch dieser würde, wenn er selbst die Verarbeitung vornähme und ihm nicht ausnahmsweise die Verarbeitung vom Eigentümer gestattet, also die Widerrechtlichkeit beseitigt wäre, objektiv widerrechtlich handeln. Mag auch der Besitz als solcher ein Recht sein,[1]) die Verarbeitung als solche, auch von einem Besitzer vorgenommen, bleibt objektives Unrecht.[2]) Das springt sofort in die Augen, wenn der Verarbeiter sich bewußt ist, fremde Sachen zu verarbeiten. Dann hat er Schadenersatz zu leisten nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen, §§ 823 ff, vgl. § 951, Abs. 2. Wenn er vielfach nicht auf Schadenersatz, sondern nur auf die Bereicherung haftet, § 951, Abs. 1, so liegt das daran, daß den Verarbeiter kein Verschulden trifft, daß er sich also der Rechtswidrigkeit (auch ohne Fahrlässigkeit) nicht bewußt war. Liegt aber Widerrechtlichkeit vor, so kann man nicht mehr sagen, daß der Verarbeitende widerrechtlich für den Arbeitsherrn das Eigentumsrecht an der Sache ausübe, sondern widerrechtliche Rechtsausübung ist eben nicht mehr die Ausübung eines Rechts, sondern unrechte Tat, Delikt.

Indem wir es ablehnen, in solchen Fällen von Rechtsausübung zu sprechen, können wir auch Krückmanns Begriff von der Vertretung in der Rechtsausübung bei der Verarbeitung nicht annehmen. Krückmann selbst spricht denn auch bei dem bösgläubigen Spezifikanten nicht mehr von einem ein Recht Ausübenden, er verwirft deshalb hier den Standpunkt des B. G. B., das bösgläubige Spezifikation zulasse. Konsequenterweise müßte Krückmann aber fast jegliche Möglichkeit einer Spezifikation von seinem Standpunkt der Rechtsausübung aus leugnen, da in der Regel objektives Unrecht vorliegt. Gerade dieser letztere Gesichtspunkt verbietet die Konstruktion Krückmanns von einer Vertretung in der Rechtsausübung bei der Spezifikation.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß keine der bisher aufgestellten Theorien über die fremdwirkende Spezifikation uns beifallswert erscheint: Weder die Ansicht von v. Bonin,

---

[1]) Vgl. Wolff, § 3, II, 3; nach Oertmann, § 823, Nr. 3 d: „rechtliche Position".

[2]) Man kann auch nicht das Spezifizieren als solches als ein Recht hinstellen. Durch die Anerkennung der Spezifikation vom Gesetz wird dem Verarbeiter nicht ein Recht, sondern nur eine Möglichkeit, eine Eigenschaft zugesprochen, daß er durch Verarbeitung Eigentum am Produkt erwerben kann.

daß der Verarbeitende auf ein Anwartschaftsrecht zugunsten des Arbeitsherrn nach Treu und Glauben verzichtet habe, noch die von Bunsen und R. G, daß wenigstens bei Spezifikation in Erfüllung einer Verbindlichkeit eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung vorliege, noch die Stellvertretungstheorie, die die Vorschriften der §§ 164 ff. direkt oder analog anwenden will, noch die herrschende, die die Verkehrsanschauung entscheiden läßt, wie weit fremdwirkende Spezifikation vorliege, und dann dies mit einer Fiktion zu erklären sucht oder den Arbeiter lediglich zum Gehilfen, zu einer Maschine oder einem Werkzeug des Arbeitsherrn entwürdigt, noch die ungenaue Formulierung Rümelins, noch schließlich die Ansicht von Krückmann, der den fremdwirkenden Spezifikanten als Vertreter in der Rechtsausübung ansieht.

d) Die fremdwirkende Spezifikation ist eine Vertretung sui generis (Talvertretung).

§ 21. α) Zulässigkeit dieser Konstruktion;

An dieser Stelle drängt sich uns denn die Frage auf, ob wir mit Schwarz auf jede juristische Konstruktion der fremdwirkenden Spezifikation verzichten sollen, „weil die Art der Konstruktion ziemlich gleichgültig sei, da über die Tatsache, daß der Besteller das Eigentum erwerbe, worauf es allein ankomme, in der Wissenschaft durchaus keine Bedenken oder gar Streit herrsche, und weil auch bedeutende Schriftsteller auf jede Begründung verzichten",[1]) zumal auch Müller-Erzbach[2]) es für ziemlich belanglos hält, wie man hier konstruiert.

Wenn so von einigen Seiten kein besonderer Wert auf die juristische Konstruktion der fremdwirkenden Spezifikation gelegt wird, dann hat das wohl seinen Grund darin, daß man die Fülle und die Schwierigkeit der Fragen, die wir in unserer Uebersicht im § 2 vor Augen geführt haben, nicht in ihrem ganzen Umfang erkannt hat. Wenn wir auf eine Konstruktion verzichten, so heißt das m. a. W., daß immer nur von Fall zu Fall mehr oder weniger nach Gutdünken eine Entscheidung gegeben werden soll. In diesem Sinne äußern sich denn auch Marstrand, S. 63, und Kießling, S. 34, daß die Entscheidung „lediglich Tatfrage" sei und nur „von Fall zu Fall" gefällt werden könnte. Auch die herrschende Lehre mit der Verweisung

[1]) Schwarz, Die Haftung des Spezifikanten, Diss. Leipzig, 1917, S. 54.
[2]) J. J. Bd. 53, S. 371.

auf die Verkehrsanschauung wird im allgemeinen kein besseres Ergebnis erzielen.

Die Fülle der zu beantwortenden Fragen zeigt uns jedoch, daß es empfehlenswert ist, auch die fremdwirkende Spezifikation auf eine einheitliche Formel zu bringen, sie juristisch zu konstruieren; denn: „die Konstruktion ist der Anfang alles wissenschaftlichen Erkennens".[1]) Und so wollen wir uns denn wenigstens in dieser Richtung noch versuchen.

Die herrschende Lehre glaubte eine Stellvertretung nur bei Rechtsgeschäften anerkennen zu können, alles übrige Tätigsein dritter Personen mit unmittelbarer Wirkung für einen andern meint sie unter den Sammelbegriff der tatsächlichen Hilfe (Botenschaft) bringen zu müssen. Die Frage, ob ein drittes möglich sei, ist von ihr nicht ernstlich erwogen, sondern von vornherein verneint worden.[2])

Wir haben nun oben[3]) dargetan, daß sich die fremdwirkende Spezifikation nicht unter den Begriff der tatsächlichen Beihilfe bringen läßt, sondern daß man im Gegenteil auch hier wieder zwischen Beihilfe und eigentlicher fremdwirkender Spezifikation unterscheiden muß. Die Fälle der bloßen Beihilfe bei der Spezifikation waren aber nach unseren Ausführungen verschwindend klein. In der Mehrzahl der Fälle nahm der Verarbeitende selbst das entscheidende Tun vor, konnte also nicht als Gehilfe eines andern im Rechtssinne angesprochen werden. Nun haben wir aber weiter bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretungslehre gesehen, daß der Bote lediglich Beihilfe leistet, der Vertreter dagegen selbst das vom Recht geforderte entscheidende Verhalten erfüllte, er gab die Erklärung ab.

Diese Gegenüberstellung ergibt nun, daß die Erscheinung der fremdwirkenden Spezifikation nicht der tatsächlichen Beihilfe, dem Botendienst, sondern im Gegenteil entgegen der herrschenden Lehre gerade der Stellvertretung sehr nahe verwandt ist. Daß „Ursache und Wirkung"[4]) nicht in derselben

---

[1]) Rosenberg, S. 169. Derselbe ebenda „ . . . die Konstruktion, deren Zweck doch gerade in der einheitlichen Zusammenfassung und Vergeistigung des positiven Rechts besteht, und deren Wert sich in der dadurch möglich gewordenen Lösung von nicht bereits im Gesetz entschiedenen Fragen bewähren soll."

[2]) Indem man dartat, daß eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung „begrifflich" bei der Spezifikation ausgeschlossen sei, vgl. Block, S. 38/39; Richter, S. 5/6.

[3]) Oben, § 19, vorletzter Absatz.

[4]) Jhering, Geist, S. 173: „Die wahre, echte Stellvertretung beruht auf einer Trennung der Ursache und Wirkung bei einem Rechtsgeschäft; die Ursache: die Handlung fällt auf die Person des Stellvertreters; die Wirkung: das Recht auf die des Repräsentanten."

Person zusammentreffen, darin haben wir den Berührungspunkt von Stellvertretung und fremdwirkender Spezifikation. Daß eine Person den entscheidenden, wesentlichen Teil des Tatbestandes erfüllt, eine andere die gesamten Rechtswirkungen unmittelbar treffen,[1]) ist die Eigentümlichkeit der Stellvertretung. Darin zeigt sich, daß der Vertreter der alter ego des Vertretenen ist, daß die Wirkungen genau dieselben sind, als wenn der Vertretene selbst an des Vertreters Stelle stände.[2]) Der Vertreter vertritt also im wahrsten Sinne des Wortes den Vertretenen. Dasselbe Bild begegnet aber auch bei der fremdwirkenden Spezifikation; den Arbeitsherrn, Besteller eines Werkes treffen die Wirkungen der Spezifikation in gleicher Weise (also unmittelbar), als wenn er selbst die Verarbeitung vorgenommen hätte. Rechtsgeschäftliche Stellvertretung und fremdwirkende Spezifikation bieten also dieselbe Eigentümlichkeit.

Nachdem man sich bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung zur Repräsentationstheorie in unserem B. G. B. bekannt und den Weg der Fiktionen[3]) verlassen hat, bedarf es auch zur Erklärung der Wirkung der unmittelbaren Spezifikation für einen andern nicht mehr der Annahme, daß der Arbeitsherr selbst spezifiziere oder doch wenigstens als spezifizierend zu denken wäre — diese Fiktion gebraucht ja die herrschende Lehre. Spezifiziert wird vielmehr lediglich vom Arbeiter, vom Unternehmer, nur die Wirkung trifft unmittelbar den Arbeitsherrn in den Grenzen, in denen wir bisher das Vorliegen einer fremdwirkenden Spezifikation dargetan haben, bzw. später noch dartun werden. Den Umfang der fremdwirkenden Spezifikation haben wir auf Grund der Vorschriften des B. G. B. oder seinem Sinne gemäß festgestellt, das B. G. B. sanktioniert also diesen Rechtszustand, genau so wie das bei der Stellvertretung der Fall ist. Wie man sich bei letzterer von Fiktionen frei gemacht hat, so wollen wir bei der fremdwirkenden Spezifikation diesen Schritt vornehmen; „liegt doch in jeder Fiktion, eben weil sie ein unvollkommenes Mittel ist, für die Wissenschaft die Mahnung, sie möglichst bald durch ein vollkommeneres zu ersetzen"; denn „Fiktionen sind Krücken, deren sich die Wissenschaft nicht bedienen soll, sobald sie ohne sie fertig werden kann".[4])

Da uns also kraft anerkannten Rechtes sowohl bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung wie bei der fremdwirkenden

---

[1]) Vgl. Enneccerus, § 166, I, 1 b; § 169, II.

[2]) Bekker, § 23: „Knüpfen sich an ein Tun eines andern dieselben Rechtsfolgen wie an eigenes, so ist der andere Vertreter"; vgl. auch Rosenberg, S. 2 und S. 113.

[3]) Vgl. § 166 B. G. B.; Enneccerus, § 169, II.

[4]) Ihering, Geist, S. 297; vgl. auch Rosenberg, S. 113.

Spezifikation der alter ego in der gleichen Weise begegnet, was liegt da näher, als beide Erscheinungen auch mit verwandten Ausdrücken zu bezeichnen? Der rechtsgeschäftliche Stellvertreter ist nicht ein Vertreter im Willen, sondern ein Vertreter in der Erklärung,[1]) er ist also ein „Erklärungsvertreter"; der fremdwirkende Bearbeiter ist Vertreter bei einer „Tathandlung", nennen wir ihn also „Tatvertreter".

Daß bei der fremdwirkenden Spezifikation mehr oder weniger eine besondere Art von Vertretung gegeben sein sollte, ließ sich ja schon aus Kohlers Ausführungen (vgl. oben S. 35, Z. 16 ff.) entnehmen, der hier Stellvertretung durch Geschäftsunfähige zulassen wollte, das ergibt sich aber auch aus Frz. Leonhards Bezeichnung „eine Art Vertretung".[2]) Diese Autoren haben sich aber von einer entsprechenden Anwendung der §§ 164 ff. nicht freimachen können, ebensowenig wie Wolff,[3]) und besonders Klein, ein Standpunkt, der wie oben S. 53 ausgeführt, unsere Zustimmung nicht finden kann. Erst Krückmann[4]) hat es offen ausgesprochen, daß wir es mit einer Vertretung eigener Art zu tun haben, die im B. G. B. garnicht geregelt ist. Krückmann, S. 231, hebt ausdrücklich hervor, wenn er das Wort Vertretung gebrauche, so wollte er „nicht die Folgerungen, die mit dem Vertretungsbegriff, wie wir ihn sonst verstehen, verbunden sind". „Selbstverständlich ist es leicht zu sagen: ich kenne nur die rechtsgeschäftliche Vertretung, folglich handelt es sich in den anderen Fällen nicht um Vertretung. Das beweist . . . . garnichts. . . . Wer sich in der Vornahme einer Handlung durch einen andern vertreten läßt, wird eben vertreten.[5]) Ich wüßte nicht, wie man an dieser Sachlage etwas ändern könnte. Folglich ist unser üblicher Vertretungsbegriff zu eng".[6])

Ein Bedenken aber gilt es noch vorher zu zerstreuen, ob es zulässig ist, eine Lehre von der Tatvertretung zu entwickeln und sie praktisch zu verwerten, ohne daß das B. G. B. sie kennt.

---

[1]) Vgl. oben, S. 48 zu Anm. 6.

[2]) Frz. Leonhard, S. 113.

[3]) Bau auf fremdem Boden, S. 74/75, Anm. 7.

[4]) Vgl. aber auch Biermann, Vertretung, S. 93, welcher sich schon dahin erklärt, daß keine „Vertretung im Sinne des B. G. B." gegeben sei; Gierke, Bd. II, S. 586, Anm. 32: „Es liegt keine rechtsgeschäftliche Stellvertretung vor".

[5]) Hier spricht Krückmann zu allgemein. Krückmann übersieht, daß es lediglich eine Frage des positiven Rechts ist, ob es dies Sichvertretenlassen auch anerkennt.

[6]) Krückmann, Anm. 1 auf S. 231; derselbe, S. 214: „Die juristische Natur des Vorganges weist zwingend auf den Vertreterbegriff, nicht auf den Gehilfenbegriff".

Eine Analogie der Erklärungsvertretung hinsichtlich der Voraussetzungen und der Behandlung der fremdwirkenden Spezifikation haben wir oben abgelehnt. Setzen wir uns nun mit einer Lehre von der Tatvertretung über das positive Recht hinweg, und stellen wir damit „eine Deduktion aus bloßen Zweckmäßigkeitsgründen an, welche in Wirklichkeit nichts anderes als eine Beweisführung aus Naturrecht ist, das damit eine fröhliche Wiederauferstehung feiert"?[1]) Dieser Vorwurf könnte gegen uns leicht erhoben werden. Wäre er berechtigt? Wir müssen darauf erwidern, daß wir mit unserer Lehre von der Tatvertretung dem positiven Recht uns nicht freier gegenüberstellen als Theorie und Praxis überhaupt bei der Frage der fremdwirkenden Spezifikation. Wir haben oben[2]) darauf hingewiesen, daß entgegen dem klaren Wortlaut des § 950, der von einem Spezifikationserwerb durch einen andern nichts weiß, Theorie und Praxis bei Verarbeitung durch unselbständige Personen einmütig, bei Verarbeitung durch selbständige Personen mit überwältigender Mehrheit eine fremdwirkende Spezifikation anerkannt haben. Insoweit dürfen wir den § 950 wohl als kraft Gewohnheitsrechts abgeändert hinnehmen. Wenn wir nun unsererseits versuchen, das der Theorie und Rechtsprechung entsprechende Ergebnis auf eine einheitliche Formel, die der Tatvertretung, zu bringen, so entfernen wir uns keineswegs weiter vom geschriebenen Recht, als es bisher geschehen ist. Anerkannte Ergebnisse aber auf eine neue Formel zu bringen, steht der Wissenschaft frei.

In dem bisher festgestellten Umfange der fremdwirkenden Spezifikation bestehen also keine Bedenken, eine Theorie der Tatvertretung aufzustellen.

β) Merkmale der Tatvertretung: Besitzbeziehung und Gestattung.

§ 22. αα) Grundsätzliches.

Worin aber sollen die Kennzeichen unserer Tatvertretung zu erblicken sein? Bei welchen Merkmalen liegt sie vor, bei welchen nicht?[3])

Bei der Erklärungvertretung (rechtsgeschäftliche Vertretung) fanden wir die beiden Merkmale, daß 1. im Namen des Vertretenen gehandelt, und 2. daß dies Handeln mit der erforderlichen Vertretungsmacht vorgenommen sein mußte, um unmittelbar für den Vertretenen zu wirken.

[1]) Biermann, Vertretung, S. 93, Anm. 2.

[2]) Vgl. oben, §§ 8—10.

[3]) Vgl. zur Frage der Vertretung bei Realakten überhaupt: Bekker, § 23: „Es gelten andere weniger entwickelte Regeln" und Tobias, S. 419: „Sichere Ergebnisse sind noch nicht gewonnen."

Im Namen eines andern handeln hieß, erkennbar machen, daß die Wirkungen des Geschäfts einen andern treffen sollen, m. a. W., eine erkennbare Beziehung auf einen andern herstellen. Zwischen der handelnden Person und der, die die Wirkungen treffen, muß ein „Leitapparat“[1]) bestehen. Finden wir auch bei der „Tatvertretung“ ein soches „Bezüglichkeitsverhältnis“, einen solchen „Leitapparat“, welcher indes nicht nach außen hervorzutreten braucht, da die fremdwirkende Spezifikation nicht vom Offenheitsprinzip beherrscht ist?[2]) Es liegt nahe, diese Beziehung auf einen andern, diesen Leitapparat in dem Besitzverhältnis zu erblicken, das zwischen Tatvertreter und Vertretenem besteht, daß der Vertreter dem Vertretenen den Besitz verschafft (bezw. erhält), entweder als Besitzdiener, § 855, unmittelbaren oder als unmittelbarer Besitzer mittelbaren Besitz. Prüfen wir, so werden wir finden, daß in den bisher festgestellten Fällen der fremdwirkenden Spezifikation ein solches Besitzbeziehungsverhältnis, das § 868 und § 855 umfaßt, vorhanden ist. Der unselbständige Arbeiter verschafft ja, wie unbestritten ist, dem Arbeitsherrn Eigentum; hier erhält er als Besitzdiener, § 855, dem Arbeitsherrn den unmittelbaren Besitz während der Verarbeitung, bezw. verschafft er dem Arbeitsherrn erst denselben, wenn der Besitzdiener mit Willen[3]) des Herrn von einem andern sich erst den Stoff übergeben läßt. Der selbständige Arbeiter, Unternehmer usw. verschafft dem Besteller den mittelbaren Besitz, mag ihm nun der Stoff vom Besteller selbst übergeben sein oder ihm derselbe von einem dritten, aber mit Einwilligung des Bestellers, der z. B. den Stoff gekauft hat, oder für den der Unternehmer als Vertreter den Stoff beschaffen soll, übergeben sein, sodaß er nun für den Besteller besitzt; denn der Unternehmer ist als Werkunternehmer, Dienstverpflichteter usw. kraft Werkvertrages, Dienstvertrages, Auftrages usw. dem Besteller gegenüber zum Besitz berechtigt, es liegen also die Voraussetzungen des § 868 vor. Wir können demnach wohl sagen, daß das Beziehungsverhältnis der Leitapparat in diesem „Besitzbeziehungsverhältnis“ im Sinne von § 868 und § 855 zu erblicken ist. Das Besitzbeziehungsverhältnis steht also anstelle des Handelns im fremden Namen.

---

[1]) Regelsberger, Pandekten, Bd. I, 1893, S. 582 versteht unter Leitapparat die Vertretungsmacht, wie überhaupt früher die herrschende Lehre (s. Literaturangaben bei Rosenberg, S. 114, Anm. 1) annahm, daß die Beziehung auf den Vertretenen durch die Vertretungsmacht hergestellt werde; anschaulicher und richtig ist es, den Ausdruck Leitapparat auf das „im Namen handeln“ anzuwenden.

[2]) Vgl. oben, S. 50/51.

[3]) Genügend genereller Erwerbswille, vgl. Wolff, § 10, II—IV.

Es fragt sich aber, ob ohne solches Besitzbeziehungsverhältnis fremdwirkende Spezifikation nicht eintreten kann.

In dem Falle, in dem wir die fremdwirkende Spezifikation oben (§ 12) verneint hatten, wo der Unternehmer sich selbst den Stoff beschafft hatte, lag ein solches Besitzbeziehungsverhältnis nicht vor, der Besteller war nicht mittelbarer Besitzer; hier hat das Besitzbeziehungsverhältnis von vornherein nicht bestanden.

Wie aber, wenn dies Besitzbeziehungsverhältnis zunächst entstanden ist und später vernichtet wird? Man denke an einen Fall, wo der Besteller Stoff liefert, der Unternehmer nun aber ihm nicht einen Anzug daraus herstellt, sondern für sich einen Mantel, und zwar absichtlich.[1]) Hier wird zweifellos der Unternehmer Eigentümer des Mantels; die herrschende Lehre kommt zu diesem Ergebnis, weil hier der Unternehmer nicht mehr als „Werkzeug" des Bestellers anzusehen sei, oder weil man nicht mehr sagen könne, der Besteller lasse herstellen. Das Ergebnis des Eigenerwerbs ist bisher von niemandem beanstandet worden. Auch wir können uns dieser Entscheidung anschließen von unserem grundsätzlichen Standpunkt aus, daß es hier an dem Besitzbeziehungsverhältnis fehlt. Denn nach der m. E. richtigen Ansicht[2]) wird der Unternehmer von dem Augenblick an Eigenbesitzer des Stoffes, er besitzt ihn als ihm gehörig, § 872, er erkennt den mittelbaren Besitzer nicht mehr an, wo er für sich selbst einen Mantel daraus herzustellen beginnt. Betätigter Willensentschluß verwandelt Fremdbesitz in Eigenbesitz[3]); dann kann sich darüber kein Fremdbesitz mehr erheben.[4])

Man könnte nun einwenden, daß wir dem Willen des Spezifikanten, ob Eigen- oder Fremdwirkung, entgegen unseren bisherigen Ausführungen, insbesondere im Gegensatz zur zwingenden Natur des § 950, nun doch hier entscheidende Wirkung beilegten. Dem ist aber nicht so. Der Wille als solcher, mag er auch erklärt sein, bleibt nach wie vor bei uns einflußlos; die Entscheidung geben wir allein auf Grund des Besitzbeziehungsverhältnisses. Wenn der betätigte Wille des Rechtssubjekts dieses herstellen oder vernichten kann, so wird zwar mittelbar der Wille bedeutungsvoll,[5]) aber nicht unmittelbar werden ihm Wirkungen beigelegt; soweit er wirkt, geschieht es

---

[1]) Vgl. Kießling, S. 34/35.
[2]) Biermann, § 868, Nr. 7 b; Kretzschmar, § 868, Nr. 2 b; Wolff § 15, II, 2.
[3]) Wolff, § 7, I, 1.
[4]) Wolff, § 8, I, 1 b.
[5]) vgl. auch unten S. 73, Anm. 2.

nur durch den Rahmen des Besitzbeziehungsverhältnisses, welches allein ausschlaggebend ist. Der besondere Tatbestand der Besitzbeziehung hat eben seine besonderen Rechtsfolgen.[1])

Wir dürfen also wohl behaupten, daß das Besitzbeziehungsverhältnis erforderlich ist, um dem Vertretenen Eigentum zu verschaffen. Also keine fremdwirkende Spezifikation ohne Besitzbeziehungsverhältnis, wie auch keine Erklärungsvertretung ohne Handeln im Namen des Vertretenen.

Damit beantwortet sich eine Reihe von in der Literatur behandelten Fragen,[2]) wann der Arbeiter in der Fabrik Eigentum an den von ihm verarbeiteten Sachen erlangt. Der Wille, für sich zu erwerben als solcher kann nie ausreichen, er muß so betätigt werden, daß dadurch das Besitzdienerverhältnis gebrochen und der Arbeiter selbst Besitzer wird.[3]) Solange der Arbeiter also in der Fabrik solche Sachen herstellt, wie er sie auch sonst anfertigt, tritt notwendig Erwerb des Fabrikherrn ein. Anders jedoch in dem Fall, wo es ihm gestattet ist, die Produktion eines Tages für sich zu behalten. Dann wird der Arbeiter infolge des dahingehenden Willens des Fabrikherrn und seines eigenen Willens (Wolff, § 11, 1) selbst Besitzer. Damit ist die Voraussetzung für den Eigenerwerb gegeben.

Im Verhältnis vom selbständigen Unternehmer und dem den Stoff liefernden Besteller gilt das gleiche.

---

[1]) Vgl. oben, S. 19, Anm. 3 a. E., S. 28, Anm. 2 a. E.; man darf wohl als Grundsatz hinstellen, daß, wie der mittelbare Besitz die Tendenz hat, zum unmittelbaren zu werden, vgl. Biermann, § 868, Nr. 2 b, so auch jeder Rechtserwerb, der auf Grund eines nichtrechtsgeschäftlichen Tatbestandes eintritt, bei mehrfach gestuftem Besitz immer zum höchststufigen Besitzer (insbesondere Eigenbesitzer) strebt; vgl. z. B. die Ersitzung, Okkupation, § 958 B. G. B. (richtiger Ansicht nach Realakt, vgl. Wolff, § 78, Anm. 16), Fruchterwerb durch Besitzergreifung, § 956, Abs. 1, Satz 1 B. G. B.: wenn hier durch einen andern der Besitz verschafft wird, durch den Beauftragten usw., so wird der höchststufige, der Eigenbesitzer, Eigentümer.

[2]) Goldmann Lilienthal, S. 95, Anm. 23 a. E.; Busch, S. 52/53; Kohler, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 10, S. 275. Man denke z. B. auch an den „Spandauer Werkstätten-Skandal" im Frühjahr 1919. Sind die Arbeiter Eigentümer der Produkte geworden, die sie für sich aus den ihnen zugänglichen (vom deutschen Volk im Kriege abgelieferten) Metallen herstellten?

[3]) Hierin liegt das unterscheidende Merkmal vom Erwerb durch gewaltunterworfene Personen, durch Sklaven im römischen Recht. Dieser trat kraft Rechtsnotwendigkeit ein und war auf keine Weise zu hindern, er fiel dem Eigentümer des Sklaven zu gleichsam wie eine Frucht der Sache servus, vgl. Leist, S. 141, und Sulzer, S. 171. Bei unserer fremdwirkenden Spezifikation kann der Arbeiter aber immer Eigenerwerb herbeiführen, wenn auch nur dadurch, daß er einen Rechtsbruch, Vertragsbruch begeht. Aber das ist keine Besonderheit der Tatvertretung. Auch derjenige, der sich verpflichtet hat, als Stellvertreter für einen andern Geschäfte zu schließen und sie nun für sich schließt, begeht nicht weniger einen Rechtsbruch.

Erforderlich ist also das Besitzbeziehungsverhältnis. Ist es aber auch immer ausreichend? Gibt es nicht Fälle, wo trotz vorliegender Besitzbeziehung keine fremdwirkende Spezifikation eintritt?

Nehmen wir folgenden Fall: A hat einem Schneider B, der besonders geeignete Räume dafür hat, Tuche zur Aufbewahrung gegeben. B stellt aus den Tuchen, ohne den A zu befragen, für diesen Anzüge usw. her.

Die herrschende Lehre muß hier das Vorliegen einer unmittelbaren fremdwirkenden Spezifikation verneinen (dieser Fall ist zwar nicht in der Literatur behandelt, aber die Konsequenz erfordert doch diese Entscheidung), weil der Schneider nicht Werkzeug des A ist, weil man nicht sagen kann, A habe durch B herstellen lassen usw.

Die Entscheidung dürfte wohl dem Ergebnis nach im Sinne der herrschenden Lehre zu fällen sein. Dann aber müssen wir bekennen, daß das Besitzbeziehungsverhältnis allein nicht ausreicht, um eine genügend scharfe Abgrenzung zu geben; denn A ist zweifellos mittelbarer Besitzer geblieben. B hat sich nicht zum Eigenbesitzer gemacht, hat nicht dem Stoff gegenüber die Haltung eingenommen, die auf eine Nicht-mehr-Anerkennung des Oberbesitzers schließen läßt; vielmehr hat er gerade durch die Verarbeitung „für ihn" dem Oberbesitz des A Rechnung getragen.

Wir werden also prüfen müssen, ob nicht auch bei der Tatvertretung ein der Vertretungsmacht bei der Erklärungsvertretung entsprechendes Moment vorhanden sein muß.

Daß keine durch Rechtsgeschäft dem Vertreter erteilte Vollmacht erforderlich ist, geht schon aus den Fällen hervor,[1]) wo trotz Geschäftsunfähigkeit des Vertreters oder Vertretenen fremdwirkende Spezifikation eintritt. Ein Geschäftsunfähiger kann aber keine Vollmacht erteilen wegen § 105, Abs. 1, weil diese ein Rechtsgeschäft ist und damit eine Willenserklärung enthält; ebenso kann sie ihm auch nicht erteilt werden, ohne daß der gesetzliche Vertreter mitwirkt.[2]) [3])

Es müßte also für die fremdwirkende Spezifikation genügen, daß ein bloßes „Gestatten" des Vertretenen, daß für ihn verarbeitet, daß für ihn der natürliche tatsächliche Erfolg der neuen Sache geschaffen wird, vorliegt, um die Fremdwirkung

---

[1]) Vgl. oben S. 30/31.

[2]) Vgl. Manigk II, S. 677: „Niemals kann hier von einer Vollmacht die Rede sein"; vgl. Hupka, Die Vollmacht, 1900, S. 72: „Keine wahre Bevollmächtigung"; Krückmann, J. J. Bd. 65, S. 215: „Die Vollmacht ist bei der Spezifikation entbehrlich".

[3]) Vgl. § 131, Abs. 1 B. G. B. und unten S. 71, Anm. 1.

herbeizuführen. An dieses „Gestatten“[1]) sind dann keine weiteren Anforderungen zu stellen, als daß ein im natürlichen Sinne willensfähiger Mensch (also im allgemeinen ein Mensch schlechthin) es erlaubt, daß für ihn verarbeitet wird, und zwar dieser Gegenstand.[2]) Es muß aber natürlich das andere Erfordernis der Besitzbeziehung gewahrt, der Vertretene muß höherstufiger Besitzer sein.

Womit aber ist es zu rechtfertigen, daß der Vertretene in irgend einer Weise seine Einwilligung zur Verarbeitung gegeben haben muß?

Man darf wohl als allgemein gültigen Rechtssatz aussprechen: Niemand soll durch einseitige Handlung ohne den Willen eines andern dessen Lage im Wege Rechtens einseitig verbessern oder verschlechtern können, soweit ihm dies nicht besonders gestattet ist.[3]) [4])

Diesem Gedanken trägt bei der Erklärungsstellvertretung der Umstand Rechnung, daß der im Namen eines andern Handelnde nur dann unmittelbare Wirkungen für diesen herbeiführt, wenn er mit Vertretungsmacht (insbesondere Vollmacht) ausgestattet ist oder der Vertretene später das vollmachtlose Handeln genehmigt, also damit einverstanden zu sein erklärt, daß ihn die Wirkungen treffen.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß den beiden Merkmalen der rechtsgeschäftlichen Sellvertretung: „Handeln im fremden Namen“ und „Vertretungsmacht des Vertreters“ zwei Erscheinungen bei der Tatvertretung entsprechen: „Das Besitzbeziehungsverhältnis“ und „die Gestattung“, d. i. die natürliche Einwilligung des Vertretenen.

Wie das „Besitzbeziehungsverhältnis“ zur Entstehung kommt und wieder vernichtet wird, ist im obigen schon kurz angegeben worden; auf die darüber bestehenden Streitfragen ist kurz hingewiesen worden. Das mag genügen; grundlegend kann zu ihnen hier nicht Stellung genommen werden, da eine

[1]) Gestattet der Geschäftsherr, daß von dem Arbeiter für ihn der Erfolg herbeigeführt wird? Oder gestattet er dem Arbeiter, daß dieser für ihn den Erfolg herbeiführt? Im ersten Fall gibt der Arbeitsherr seine Zustimmung, daß für ihn der Erfolg herbeigeführt wird, daß dieser in seinen Rechtskreis hineinwirkt; im zweiten Fall gibt er dem Arbeiter gleichermaßen eine Macht, eine Rechtsmacht, („eine Vermehrung der rechtlichen Fähigkeiten“, Rosenberg, S. 118), rechtserheblich in den Rechtskreis des Arbeitsherrn einzugreifen. Im ersteren Sinne dürfte wohl zu entscheiden sein). Vgl. zu einer ähnlichen Streitfrage Rosenberg a. a. O. und Enneccerus § 171, Anm. 3.

[2]) Vgl. unten, S. 75, Zeilen 4 ff.

[3]) Vgl. Krückmann, Institutionen, S. 154, 413.

[4]) Deshalb kann auch niemanden der Besitz ohne dessen Willen aufgedrängt werden; es bedarf richtiger Ansicht nach immer dazu des wenn auch nur generellen Erwerbswillens; Wolff, § 10, II u. III; Klein, S. 16, Anm. 75.

solche Untersuchung weit über den Rahmen unserer Aufgabe hinausginge, insbesondere diese Fragen auch schon häufig und ausführlich in der Literatur behandelt worden sind. Nur wenige besondere Fragen über das Besitzbeziehungsverhältnis sollen aber doch kurz behandelt werden im vorletzten Paragraphen (§ 24) unserer Untersuchung.

Dagegen bedarf das andere Kennzeichen der Tatvertretung, die „natürliche Vollmacht", die „Gestattung", weil der Wissenschaft bisher unbekannt, noch einiger grundsätzlicher Bemerkungen, die nunmehr folgen.

§ 23. ββ) Das Wesen der Gestattung.

Daß bei der „Tatvertretung" auch eine „Vertretungsbefugnis" vorliegen muß, damit die Handlung des Vertreters dem Vertretenen unmittelbar zugute kommt, hat schon Bekker[1]) erkannt. Bekker spricht ganz allgemein von Nichtrechtsgeschäften, begreift darunter aber auch mit die Tathandlungen (er erwähnt in Anlage 1 die Ersitzung) und meint, wenn hier Fremdwirkung erreicht werden sollte, so müßte die Handlung von Personen vorgenommen sein, „welche eine Vertretungsbefugnis (Vollmacht) haben". „Es ist zweifellos, daß diese Vollmacht leichter zu begründen ist, als die zu Rechtsgeschäften" („aber ebenso auch, daß Personen, die zu dem Berechtigten in keiner Beziehung stehen, durch ihr Tun demselben nicht nützen würden"; die hier verlangte Beziehung glauben wir in unserm oben gekennzeichneten Besitzbeziehungsverhältnis gefunden zu haben).

Daß an unsere „Gestattung" nicht so strenge Anforderungen zu stellen sind wie an den rechtsgeschäftlichen Vollmachtsbegriff, geht schon aus unseren früheren Ausführungen (oben S. 30) hervor, wo wir darauf hingewiesen haben, daß selbst bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, die sowohl in Geschäftsunfähigkeit des Arbeitsherrn wie des Arbeiters ihren Grund haben konnte, die Fremdwirkung eintritt. Bei unselbständigen Arbeitern wird das in der Literatur allgemein anerkannt; wir haben darauf hingewiesen, daß es bei selbständigen Arbeitern nicht anders sein könnte, da auch bei ihnen der Vertrag als solcher keine Rolle spiele.

Man wird uns entgegenhalten, daß auch bei rechtsgeschäftlicher Vollmacht der kausale Vertrag nichtig sein könne, ohne daß die Gültigkeit der (abstrakten) Vollmacht dadurch beeinträchtigt würde.[2]) Aber bei der Vollmacht muß man verlangen, daß

[1]) § 23 β.
[2]) Enneccerus, § 171, II, 5.

der sie Erteilende vollgeschäftsfähig (§ 111 B. G. B. a. A), der Bevollmächtigte beschränkt geschäftsfähig ist;[1]) hier bei der Gestattung ist das aber nicht erforderlich; daraus ergibt sich denn doch ein grundlegender Unterschied.

Da es also auf die Geschäftsfähigkeit des Arbeiters wie des Arbeitgebers in keiner Weise ankommt, so dürfen wir wohl als für die „Gestattung" geltenden Satz hinstellen, daß auf beiden Seiten natürliche Handlungsfähigkeit genügt.

Wir kommen also zu dem Schluß, daß, wie im Gebiet der Tathandlungen, der Realakte, überhaupt natürliche Handlungsfähigkeit genügt, (Verarbeitung als solche erfordert ja keinen irgendwie qualifizierten Willen beim Spezifikanten), so auch bei der Tatvertretung beiderseits natürliche Handlungsfähigkeit, natürlicher Wille ausreicht. Das gilt sowohl von der Herstellung des Besitzbeziehungsverhältnisses, als der Gestattung.[2])

Als bemerkenswertes Ergebnis darf vielleicht beispielsweise folgender Fall angeführt werden, daß sogar Minderjährige unter 7 Jahren oder Geisteskranke einem andern ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters das Produkt ihrer Tätigkeit dinglich verschaffen können. Es ist nur erforderlich, daß[3]) der Arbeitgeber, der Besteller, der die Verarbeitung „gestattet", gegen den Arbeiter, Unternehmer, einen rechtsgültigen Herausgabeanspruch hat während der Verarbeitung,[4]) der ihm insbesondere immer dann zustehen wird, wenn der Stoff vom Arbeitsherrn, Besteller hingegeben worden ist, und daß ferner der Arbeiter als Besitzdiener oder unmittelbarer, aber dem Besteller Besitz vermittelnder Besitzer besaß. Für dieses Besitzmittelungsverhältnis genügt ja, daß der Arbeiter, Unternehmer als Werkverpflichteter, als Dienstverpflichteter oder Beauftragter usw. besitzt; der Arbeiter braucht nur in dieser Vorstellung zu besitzen,[5]) ein rechtsgültiger Werkvertrag, Dienstvertrag, Auftrag usw. ist nicht erforderlich.

---

[1]) Enneccerus, § 171. II, 2; sie bringt lediglich rechtlichen Vorteil und kann daher dem zu Bevollmächtigenden ohne Mitwirkung von dessen gesetzlichem Vertreter erteilt werden, § 131, Abs. 2, Satz 2 B. G. B.; wird die Vollmacht in der andern Form des § 167, Abs. 1 B. G. B. (durch Erklärung gegenüber dem Dritten) erteilt, so wird man trotzdem beschränkte Geschäftsfähigkeit beim Bevollmächtigten verlangen müssen, weil sie sonst wegen § 165 B. G. B. keine Bedeutung hätte, da der Bevollmächtigte ja nicht als Vertreter handeln könnte.

[2]) Es sei an die Besitzlehre erinnert, in der auch natürlicher Wille genügt; Wolff, § 10, III, 2; § 11 I; § 7, I, 1.

[3]) Der Geschäftsunfähige sich in eine Besitzdienerstellung (§ 855) zum Arbeitsherrn begibt oder daß (vgl. die weiteren Ausführungen oben).

[4]) Wolff, § 8, I, 2.

[5]) So wohl richtig Biermann, § 868, Nr. 2 d, woselbst abweichende Ansichten; Wolff, § 8, I, 2.

Zu einem interessanten Resultat gelangen wir auch bei folgendem Tatbestand, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder ein Geschäftsunfähiger mit einem vollgeschäftsfähigen Arbeiter einen „Arbeitsvertrag" schließt, Stoff hingibt und der Unternehmer (Arbeiter) nun, obwohl er von der Geschäftsunfähigkeit usw. weiß, die neue Sache herstellt. Hier wird einmal der Minderjährige oder Geisteskranke Eigentümer des Produkts, andererseits aber ist der Arbeiter, Unternehmer schadenersatzpflichtig wegen der unerlaubten Bearbeitung des Stoffes: denn er hat rechtswidrig verarbeitet, da eine (rechtsgeschäftliche) Einwilligung, die die Rechtswidrigkeit ausschließt, nicht vorlag, und zwar auch schuldhaft, da er die ungültige „Einwilligung" kannte, bezw. kennen mußte. Denn die Gestattung, Bevollmächtigung, die für die Fremdwirkung der Bearbeitung erforderlich und genügend ist, reicht, weil sie nur natürlichen Willen des Gestattenden erfordert, nicht aus, um auch die Verarbeitung rechtmäßig zu machen, das vermag nur eine rechtsgeschäftliche Einwilligung, wie sie mit einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht verbunden sein kann.

Bei der rechtsgeschäftlichen Vollmacht ist juristisch qualifizierter Wille erforderlich, bei der Gestattung genügt natürlicher Wille.

Gibt es auch eine Tatvertretung ohne Gestattung, analog dem rechtsgeschäftlichen Handeln ohne Vertretungsmacht, sodaß, in dem oben, S. 68 (Abs. 2), mitgeteilten Tatbestand, der Vertretene durch späteres Sicheinverstandenerklären mit der gestattungslosen Verarbeitung denselben Erfolg herbeiführen kann, als wenn von vornherein die Gestattung vorhanden gewesen wäre? Das hieße also, daß ein durch Spezifikation in der Hand des Verarbeiters entstandenes Eigentum durch die nachträgliche Gestattung mit rückwirkender Kraft als nie vom Arbeiter erworbenes anzusehen wäre. Oder sollte gar bis zur Gestattung bezw. Verweigerung derselben alles in der Schwebe bleiben analog §§ 177 ff. B. G. B.?

Daß zunächst das Besitzbeziehungsverhältnis zur Zeit der Verarbeitung bestanden haben muß, kann wohl angesichts des Umstandes, daß der Besitz in erster Linie ein tatsächliches Verhältnis ist, das entweder besteht oder nicht besteht, nicht bestritten werden. Beim unmittelbaren Besitz gibt es grundsätzlich überhaupt keine Rückwirkung, so wenigstens nach der m. E. richtigen Ansicht.[1])

[1]) vgl. Wolff, § 11, Anm. 4. Insoweit aber der Besitz durch Rechtsgeschäft begründet ist, wird man eine Anfechtung zulassen müssen, vgl. Wolff, § 11, Anm. 9. Das besondere Gebiet der Rückwirkung beim Besitz ist beim mittelbaren Besitz zu suchen.

Wenn aber dieses Besitzbeziehungsverhältnis besteht, darf dann wenigstens die Gestattung zur Zeit der Verarbeitung fehlen und erst später erteilt werden? Auch das ist zu verneinen. Die Rechtswirkungen der Spezifikation knüpfen sich immer an den tatsächlichen Erfolg der Verarbeitung als solchen. Liegen die tatsächlichen Voraussetzungen des Erfolges vor, so tritt die Wirkung ein. Für eine provisorische Regelung[1]) besteht kein ausgesprochenes Bedürfnis. Schwebende Verhältnisse sind dagegen praktisch erforderlich im Gebiet der Willenserklärungen, der Rechtsgeschäfte, weil dort dem Willen ein möglichst freies Betätigungsfeld gegeben werden muß, wo deshalb unter bestimmten Voraussetzungen ein erklärter Wille wieder aus der Welt geschafft werden kann (Anfechtung) oder ihm rückwirkende Kraft beigelegt wird (Genehmigung), oder wo er erst in der Zukunft wirken soll (Befristung, Bedingung). Durch die Rechtsgeschäfte soll sich der Mensch allen Verhältnissen rechtlich anpassen und sie selbst gestalten können. Im Gebiet der rein äußeren Handlungen dagegen soll der Mensch nicht seinem Willen gemäß sich Rechte erwerben oder sie verlieren können, das Gesetz selbst trifft alle Regelungen und duldet keinen Parteiwillen neben sich, weil es eigene Zwecke verfolgt. Ohne Rücksicht auf den Willen des einzelnen gewährt und entzieht das Gesetz hier die subjektiven Rechte, indem es sie an den rein tatsächlichen Erfolg anknüpft. Dieser tatsächliche Erfolg ist aber entweder vorhanden oder nicht vorhanden, er ist entweder für mich oder für einen andern herbeigeführt.[2])

So lehnt man denn auch überwiegend eine Vertretung ohne Vertretungsmacht bei rein äußeren Handlungen ab.[3])

Damit haben wir sachlich auch schon die Frage beantwortet, ob die „Gestattung" infolge Irrtums, Drohung, Täuschung angefochten oder von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann. Das ist gemäß den obigen Ausführungen zu verneinen.

---

[1]) Vgl. Enneccerus, § 75, Z. 2.

[2]) Insofern aber der Besitz selbst mit rückwirkender Kraft wieder vernichtet werden kann (vgl. oben S. 72, Anm. 1), muß auch die Vernichtung des einmal zugunsten einer Person eingetretenen Spezifikationserwerbes mit rückwirkender Kraft anerkannt werden; denn damit entfällt ja rückwärts das Tatbestandsmoment der Besitzbeziehung. Die Anfechtungserklärung und damit der Parteiwille wirkt auch hier nur mittelbar auf die Rechtsfolgen der Verarbeitung ein; vgl. oben, S. 66, Anm. 5. Eine unmittelbare Anfechtung ist gemäß den Ausführungen auf S. 30 zu Anm. 2 abzulehnen.

[3]) Wolff, Bau auf fremdem Boden, S. 76/77; Klein, S. 63; Busch, S. 54; Immel, S. 43 c; Manigk, II, S. 678 „keine Bestätigung". A. M. Tobias, S. 410; die Glossatoren, vgl. oben S. 6: ratihabitione sequente; Kuhlenbeck, Bd. I, S. 502: aber von seinem Standpunkt aus, daß die Spezifikation Rechtsgeschäft sei.

Die Gestattung als rein natürliche Willenskundgebung liegt entweder vor oder nicht vor. Sie kann aber bis zu dem entscheidenden Augenblick immer mit dinglicher, den Fremderwerb verhindernder Wirkung frei widerrufen werden, mag sie nun durch Willensmängel beeinflußt oder frei von ihnen sein, wie das auch bei anderen natürlichen Erklärungen der Fall ist.[1])

Welches ist aber der entscheidende Augenblick, in dem die „Gestattung" vorliegen muß? Wenn man nicht in unliebsame, z. T. unlösbare Schwierigkeiten geraten will, muß man sich für den Zeitpunkt entscheiden, in dem das Moment der Neuheit und das entsprechende Wertverhältnis des § 950 verwirklicht sind, in dem also die Rechtsänderung eintritt. Wollte man genau in der Weise entscheiden, daß der Teil der Arbeit, der vor der „Gestattung" geschehen ist, mit Eigenwirkung, der nachher erfolgte mit Fremdwirkung vorgenommen sei, so würde man oftmals praktisch überhaupt nicht zu einer Entscheidung kommen, weil die Miteigentumsanteile am neuen Produkt sich richtiger Ansicht nach[2]) nach dem Wertverhältnis der von jedem beigetragenen Arbeit (und die nach der „Gestattung" geleistete Arbeit des Arbeiters, wird doch wegen der Fremdwirkung dem Arbeitgeber zugerechnet) bemessen werden und diese nicht feststellbar ist. Man hat auch keine Anhaltspunkte, welche Werterhöhung durch die eine oder andere Arbeit erzielt wurde, nur das Gesamtresultat läßt sich bemessen. Und es wäre auch wirklich kein Grund ersichtlich, warum der Schneider z. B. in dem oben, S. 68 (Abs. 2), erwähnten Falle mit Fremdwirkung arbeiten soll, wenn die „Gestattung" vor Beginn der Arbeit, des Zuschneidens vorlag, nicht aber, wenn erst nach dem Zuschneiden oder gar schon nach den ersten Scherenschnitten die Gestattung erteilt wurde. Vielfach wird sich auch nicht bloß nicht das Wertverhältnis der vorher und nachher geleisteten Arbeit bestimmen lassen, sondern nicht einmal mehr festgestellt werden können, in welchem Stadium die Arbeit zur Zeit der Gestattung stand.

So hat sich denn auch Woff[3]) in dem entsprechenden Fall der „Verbindung in Ausübung eines Rechts"[4]) die ja auch zu den Realakten gehört,[5]) dafür entschieden, das es genügt, wenn der von einem andern begonnene Bau vor der Vollendung gutgeheißen wird vom zur Verbindung Berechtigten; denn im

[1]) Vgl für das Besitzrecht Wolff, § 17, I, 4; Anm. 12.
[2]) Vgl. oben, S. 23, Anm. 3.
[3]) Bau auf fremdem Boden, S. 77, Anm. 11.
[4]) In diesem Falle der „Verbindung in Ausübung eines Rechts" treten die Wirkungen des § 946 wegen § 95, Abs. 1, Satz 2 nicht ein.
[5]) Oben § 4 a. E.

Gegensatz zur Genehmigung stände nicht nur die vorherige Einwilligung, sondern auch die gleichzeitige, die während der Vornahme der Handlung erklärte Zustimmung.

Wie nun, wenn A beim Tischler aus von ihm gelieferten Holz einen Tisch machen lassen wollte und dieser daraus versehentlich oder auch absichtlich für ihn einen Schrank macht? M. E. wird der Tischler Eigentümer; denn A hatte nur gestattet, daß für ihn ein Tisch, nicht ein Schrank hergestellt würde. M. a. W., die Gestattung wird nicht für die Umwandlung des Stoffes schlechthin erteilt, sondern für die Herstellung einer bestimmten Sache, die zwar fehlerhaft sein kann, aber nicht zu einer ganz anderen werden darf.

Wenn die Gestattung für Herstellung eines bestimmten Produktes erforderlich ist, so heißt das aber nicht, daß der Fabrikant z. B. für jede Einzelsache, die die Arbeiter anfertigen, seine besondere Gestattung erteilen muß; die Gestattung muß für das in seiner Art bestimmte Produkt vorliegen. Also der „generelle Erwerbswille" ist für die Gestattung ausreichend, wie im Besitzrecht der „generelle Besitzbegründungswille„. [1] [2] In diesem Sinne kann man auch wohl Wolff, § 73, III verstehen, daß es genügen soll, wenn der Angestellte „im Rahmen der ihm übertragenen Tätigkeit handelt".

Damit hätten wir wohl das Grundsätzliche über Wesen und Behandlung der Gestattung bei unserer Tatvertretung gesagt.

§ 24. γγ) Einzelfragen bei der Besitzbeziehung.

Einige besondere Fragen aus dem Besitzbeziehungsverhältnis mögen den Abschluß unserer Untersuchung über die Tatvertretung bilden.

1. Muß zunächst der Verarbeiter wissen, für wen er verarbeitet? D. h. muß ihm der höchststufige Besitzer (denn in dessen Person tritt doch in der Regel [vgl. oben, S. 67 Anm. 1] der Rechtserwerb ein) bekannt sein?

Nehmen wir folgenden Fall: E gibt seinem Freunde F Stoffe, die dieser einem Fabrikanten oder Handwerker H zur Verarbeitung für E bringen soll; F macht dem H keine Mitteilung von seinem Verhältnis zu E. H gibt die Stoffe seinen Arbeitern oder Gesellen zur Verarbeitung; auch diese wissen nichts davon, daß H die Stoffe von anderer Seite zur Verarbeitung erhalten hat.

[1] Wolff, § 10, III, 1.

[2] Diese generellen Erwerbswillen sind aber keine mystischen, nicht vorhandenen, sondern tatsächlich existierende Erwerbswillen.

Zunächst dürfte wohl kein Zweifel bestehen, daß, wenn E nicht vorhanden wäre, der Spezifikationserwerb infolge der Verarbeitung durch die Arbeiter des H, obwohl diese nicht wissen, daß sie für F die Verarbeitung vornehmen, in der Person des F eintreten würde. Wenn es aber hier auf die Kenntnis des Verarbeiters nicht ankommt, für wen er unmittelbar die Verarbeitung vornimmt, wofern er nur für einen andern arbeitet,[1]) so steht auch wohl nichts im Wege, in unserm Fall den Spezifikationserwerb unmittelbar in der Person des E eintreten zu lassen, obwohl H und dessen Arbeiter keine Kenntnis von dem Verhältnis haben. Denn es liegen auch unsere beiden Momente für die Tatvertretung vor: Gestattung des E und Besitzbeziehungsverhältnis; es braucht bei der Besitzmittelung ja nicht der auf der untersten Stufe stehende Besitzer zu wissen, für wen er besitzt, wenn nur sein oberstufiger Besitzer wieder für einen höheren Besitzer besitzt usw., vgl. § 871 und § 870, insbes. auch Staudinger § 870 Nr. 1 a. Bei mehrfach gestuftem Besitz läuft also der Eigentumserwerb die ganze Reihe der Besitzer hinauf[2]) bis zum höchststufigen, wenn in dessen Person auch das Moment der Gestattung vorliegt, sonst macht er schon bei einem andern Halt, bei dem noch die Gestattung gegeben ist. Unterbricht einer der die Besitzbeziehung vermittelnden Besitzer die Reihe, indem er sich zum Eigenbesitzer macht (F läßt z. B. für sich etwas anderes herstellen, als E ihm auftrug), so tritt der Spezifikationserwerb bei ihm ein.

2. Wir hatten eben den Fall, wo sich der Besitz in gerader Linie fortpflanzt, der eine dem andern den Besitz vermittelt. Wie aber, wenn gleich der dem Arbeiter übergeordnete Besitzer eine andere Person ist, als der Arbeiter gedacht hatte? Z. B. A gibt einem Handwerker H Material zum Verarbeiten; während dieser an der Arbeit ist oder auch noch nicht begonnen hat, tritt A seinen Herausgabeanspruch gegen H an B ab, (§ 931). H erfährt davon nichts und stellt die Sache fertig. Wer wird Eigentümer, A, B oder H?

Man wird unterscheiden müssen, ob B davon wußte, daß H die Sache zum Bearbeiten hatte, oder nicht (z. B. bloß zur Aufbewahrung).

Im ersten Falle macht B die „Gestattung" des A zu seiner eigenen, oder vielmehr er selbst „gestattet", daß für ihn verarbeitet wird, indem er den H ruhig weiterarbeiten läßt. Hier wird

[1]) d. h. nicht durch seinen entgegengesetzten betätigten Willen, für sich zu verarbeiten, das Besitzverhältnis zerreißt.

[2]) Für den untersten verarbeitenden Besitzer kaum bedenklich, da ihm gewöhnlich Vertragsansprüche, schließlich auch § 273, Abs. 2 zustehen.

B Eigentümer; denn er ist durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs nicht nur Eigentümer der alten Sache, § 931, sondern auch mittelbarer Besitzer geworden, § 870. Also sind in seiner Person beide Erfordernisse, Besitzbeziehung und Gestattung, vorhanden. Die Kenntnis des H, wer unmittelbar Eigentümer wird, ist unbeachtlich, B erlangt also den Spezifikationserwerb. Für H ist diese Entscheidung nicht bedenklich; denn er hat seine vertraglichen Ansprüche gegen A (Werkvertrag) behalten; zudem hat er ein Pfandrecht (§ 647) und Zurückbehaltungsrecht (§ 273, Abs. 2, vgl. auch K. O., § 49, Z. 2 und 3).

Im zweiten Falle, B glaubt, H verwahre die Sache, ist wohl H das Eigentum zuzusprechen, da es für den Erwerb in der Person von A an der Besitzbeziehung, in der Person von B an der Gestattung fehlt. Auch diese Entscheidung ist für H nicht bedenklich; für A und B ist sie nichts bedenklicher, als daß durch Spezifikation überhaupt Eigentum entzogen werden kann.

3. Wie gestaltet sich aber der Eigentumserwerb, wenn das Besitzbeziehungsverhältnis für mehrere zugleich hergestellt ist und die mehreren gestatten, daß für sie verarbeitet wird?[1]) Werden die mehreren Miteigentümer oder Gesamthandseigentümer am neuen Produkt.[2])

Man muß m. E. unterscheiden, ob die mehreren schlichte Mitbesitzer oder Gesamthandsbesitzer sind.[3]) Im ersten Fall tritt Miteigentum nach Bruchteilen ein, im zweiten Fall Gesamthandseigentum.

Der Erwerb des Gesamthandseigentums beruht aber nicht etwa auf dem obligatorischen Vertragsverhältnis zwischen den Oberbesitzern, z. B. dem Gesellschaftsvertrag, §§ 705 ff. B. G. B., insbes. § 718. Der obligatorische Vertrag ist auf die Wir-

---

[1]) Z. B. eine Gesellschaft des B. G. B. läßt für sich verarbeiten.

[2]) Die gleiche Frage kann auch bei anderen Tathandlungen (vgl. die oben, S. 67, Anm. 1 erwähnten), insbesondere bei der Ersitzung auftauchen, wo sie aber meines Wissens in der Literatur noch nicht behandelt worden ist. An der Natur der Ersitzung als Tathandlung kann man nicht zweifeln, denn der Eigentumserwerb tritt ohne Rücksicht auf irgend welchen auf den Rechtserfolg gerichteten Willen allein auf Grund des zehnjährigen Eigenbesitzes (+ guten Glaubens) ein. Die Frage dürfte bei der Ersitzung in gleicher Weise wie bei der fremdwirkenden Spezifikation zu beantworten sein.

[3]) Vgl. über diesen Unterschied Wolff, § 9, II, 1 u. 2; Kipp, Bd. I, S. 390: ‚wenn jemand die Sache tatsächlich so behandelt, wie dem Gesamthänderverhältnis entspricht'.

kungen der Spezifikation doch einflußlos;[1]) es kommt lediglich darauf an, ob schlichter Mitbesitz oder Gesamthandsbesitz vorliegt. Damit wird denn auch lediglich dem zur Zeit der Verarbeitung bestehenden tatsächlichen Verhältnis Rechnung getragen, mag auch die obligatorische Grundlage des Gesamthandsverhältnisses etwa infolge Anfechtung hinfallen oder sich als nichtig erweisen, der einmal eingetretene Spezifikationserwerb zur gesamten Hand wird dadurch nicht berührt, weil die tatsächlichen Verhältnisse, die das Gesamthandseigentum herbeigeführt haben, der Gesamthandsbesitz, durch Anfechtung grundsätzlich[2]) nicht aus der Welt geschafft werden können.

Damit haben wir auch die Antwort auf folgenden (in der Literatur behandelten) Fall gefunden: Ein Weinbauer liefert einem andern Weinbauer Trauben, die dieser mit den seinigen zu Wein verarbeiten und dann als fertigen Wein für beide veräußern soll. Wenn infolge des vorliegenden Gesellschaftsverhältnisses[3]) mittelbarer Gesamthandsbesitz der beiden Weinbauern vermittelt durch den unmittelbaren Alleinbesitz des einen von ihnen vorliegt, so tritt Gesamthandseigentum an dem Wein ein.[4]) Liegt dagegen kein Gesamthandsbesitz vor, besitzt der Verarbeiter teilweise für sich, teilweise für den andern, so entsteht Miteigentum nach Bruchteilen am Produkt.

Da der Weinbauer kaum die Vorstellung haben dürfte, daß er der gesamthänderischen Gesellschaft den Besitz vermittelt, so wird man im allgemeinen sich für schlichten Mitbesitz zu entscheiden haben. Das so zunächst entstandene Miteigentum nach Bruchteilen wird dann aber von jedem wieder zu seinem Anteil als Beitrag zur Gesellschaft geleistet, § 718, Abs. 1, sodaß gleich nach der Neuherstellung man doch im Ergebnis über Bruchteilseigentum zum gesamthänderischen Eigentum gelangt. Wichtig bleibt die Durchgangsstufe des Bruchteilseigentums aber für den Fall der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Gesellschaft, weil die Verwandlung zum Gesamthandseigentum

---

[1]) Vgl. oben, S. 30/31; Tosmann, S. 61: ‚Das tatsächliche, nicht das rechtliche Verhältnis entscheidet'; wenn Tosmann aber deswegen nur Miteigentum nach Bruchteilen beim Spezifikationserwerb durch mehrere Verarbeiter (auch Gesellschafter) anerkennen will (Anm 5), so ist dem nicht beizustimmen. Kießling, S. 34: ‚Die dinglichen Wirkungen .... bleiben von dem zwischen den Beteiligten bestehenden obligatorischen Verhältnis unbeeinflußt'.

[2]) Oben, S. 30, Anm. 2 und S. 72, Anm. 1.

[3]) Beide haben sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zusammengetan.

[4]) Vgl. über die Besitzfragen Wolff, § 9, Anm. 6.

Ausfluß des (rechtsgiltigen) Gesellschaftsverhältnisses ist, mit dessen Nichtvorhandensein also nicht eintritt, bezw. bei Anfechtung rückwärts wieder fortfällt. Das unmittelbar auf Grund der Verarbeitung entstandene Bruchteilseigentum ist dagegen Anfechtungen nicht zugänglich, vgl. oben, S. 30, Anm. 2.

Wie bestimmen sich aber bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen[1]) die Anteile, also bei Spezifikationserwerb auf Grund schlichten Mitbesitzes? M. E. nach den Stoffanteilen, die der einzelne beigetragen hat. Dem Verarbeiter selbst brauchen diese Bruchteile nicht bekannt zu sein. Wie oben, S. 76, ausgeführt, kommt es garnicht darauf an, ob der Verarbeiter weiß, wem der Eigentumserwerb unmittelbar zugute kommt; also ist es auch bedeutungslos, ob er über die Anteile der einzelnen unterrichtet und ob ihm bekannt ist, wer die einzelnen Beteiligten sind. Gefahren erwachsen dem Verarbeiter aus dieser Regelung auch hier nicht.

Man wird uns vielleicht entgegenhalten, daß wir mit unserer eigenen Lehre (oben, S. 23) mit dieser Entscheidung in Widerspruch geraten. Dort war gesagt, bei mehreren Verarbeitern käme es auf die Stoffbeiträge der einzelnen nicht an, und hier soll dieser Gesichtspunkt gerade den Ausschlag geben, zu welchem Anteil man Eigentümer wird. Dort hatten wir gesagt, daß der von dem einzelnen geleistete Teil der Arbeit entscheidend sein müsse, wenn man sich nicht für das unbillige Ergebnis der Anteilsgleichheit entscheiden wolle. Hier bei der Verarbeitung durch mehrere kann man aber nicht sagen, wieviel der eine der mehreren, wieviel der andere an Arbeit beigesteuert hat. Es kann sich nur darum handeln, in welchem Verhältnis die Arbeit des Arbeiters dem einzelnen zugerechnet werden soll, und da kann man wohl nur danach entscheiden, zu welchem Verhältnis der eine oder andere für sich den Besitz durch den Arbeiter ausüben läßt.

Als besonderen Schluß möchte ich aus den in diesem Paragraph gemachten Ausführungen noch den ziehen, daß es einen Unterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Tatvertretung (wie bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung) nicht nur wegen des Fehlens des Offenheitsprinzips nicht gibt, sondern daß nicht einmal der Arbeiter selbst zu wissen braucht, für wen er arbeitet.

---

[1]) Für das Gesamthandseigentum gilt Entsprechendes wenigstens für die Auseinandersetzung; ob man schon vorher von Anteilen sprechen kann, oder ob sie sich nicht bestimmen lassen, für diese Streitfragen vgl. Enneccerus, § 312, I, 1 und Anm. 1; Wolff, § 88, II.

C. Schluß.

§ 25. Formulierung des Ergebnisses.

Zum Schluß wollen wir unser Ergebnis an den bisher in der Literatur aufgestellten Formulierungen messen und dann unser Ergebnis formulieren.

Wir haben schon oben, S. 54, gesehen, daß nach der Mehrzahl der Schriftsteller die Verkehrsauffassung die Entscheidung, ob Eigen- oder Fremdwirkung, geben sollte; diesen Standpunkt hatten wir abgelehnt. Nicht beifallswert ist ferner die zu allgemein gehaltene Formulierung, es komme darauf an, ob man für sich oder einen andern arbeite.[1])

Müller-Erzbach[2]) und O. L. G. Stuttgart[3]) haben darauf abgestellt, daß immer der unmittelbar Eigentum erwerbe, auf dessen Rechnung die Verarbeitung geschehe. Auch diese Ansicht kann nicht als zutreffend bezeichnet werden. Denn auf wessen Rechnung, auf wessen Gefahr eine Verarbeitung geschieht, kann durch Parteivereinbarung geregelt werden. Soweit keine Parteivereinbarung vorliegt, dürfte man mit der Formulierung von Müller-Erzbach wohl die Fälle der fremdwirkenden von denen der eigenwirkenden Spezifikation im allgemeinen abgrenzen können. Aber wir müßten uns bei Vorliegen einer solchen Vereinbarung auch bei Tatbeständen für fremdwirkende Spezifikation entscheiden, bei denen sie allgemein und auch nach unseren Ausführungen abgelehnt wird. Man unterstelle z. B. folgenden Fall: es hat ein Kaufmann, der ein neues Verfahren für die Herstellung eines Produktes ausfindig gemacht hat, das aber noch nicht praktisch erprobt ist, mit einem Fabrikanten vereinbart, dieser solle ihm aus selbstbeschafften Stoffen auf Grund des neuen Verfahrens „neue Sachen" herstellen. Da aber der Fabrikant nicht die Gefahr des neuen Verfahrens auf sich nehmen will, wird verabredet, daß die Produktion auf Gefahr des Bestellers vor sich gehen soll. — Man wird in diesem Falle sich doch gemäß unseren früheren Ausführungen, da es an einem Besitzbeziehungsverhältnis zwischen Besteller und Fabrikant fehlt, für Eigenwirkung, also für Eigentumserwerb durch den Fabrikanten entscheiden. Und umgekehrt kann in Fällen, wo nach unseren Ausführungen Fremdwirkung vorliegt, durch eine Parteivereinbarung die Gefahr dem Arbeiter (Unternehmer) aufgebürdet werden. Zudem

---

[1]) So O. L. G. Hamburg in Seuff. Arch., Bd. 58, S. 101/02.
[2]) J. J., Bd. 53, S. 370.
[3]) In Jahrbücher d. württ. Rechtspflege, Bd. 21, S. 167 ff.

ist das Moment der Gefahrtragung, das von Parteivereinbarungen abhängig ist, wegen der zwingenden Natur des § 950 als entscheidendes Merkmal bedenklich.

Eine allgemein gültige Abgrenzung läßt sich jedenfalls durch den Gesichtspunkt der Gefahrtragung nicht geben.

Baensch, S. 45 hat sich dahin entschieden, „daß derjenige Eigentümer der neuen Sache würde, der unter regelmäßigen Umständen nach der objektiven Sachlage die Gebrauchsmöglichkeit derselben am sichersten erlangt", (S. 56): „der die größte Garantie für den ordnungsmäßigen Gebrauch dieses neuen Wertfaktors bietet". Warum verbürgt denn aber in dem Falle, wo der Besteller den Stoff liefert, dieser am besten die Gebrauchsmöglichkeit, wo er dagegen den Stoff nicht liefert, obwohl doch die Sache nach seinen Bedürfnissen und Verhältnissen hergestellt wird, gerade der Unternehmer? Baensch, S. 56/57 selbst entscheidet beide Fälle wie wir, aber mit seiner Formulierung allein kann man doch dieses verschiedene Ergebnis nicht begründen.

Block, S. 60 61 kommt vom Standpunkt der Werkzeugtheorie (S. 58/59) aus zu folgendem Ergebnis: es erwirbt das Eigentum, wer 1. auf Veranlassung eines andern 2. aus einem von diesem gelieferten Stoffe 3. für diesen eine neue Sache herstellt. Im allgemeinen trifft diese Formulierung das Richtige; hinsichtlich Punkt 1 ist sie aber zu eng, es braucht nicht der Stofflieferant der Urheber, der Veranlasser der Spezifikation zu sein, es genügt, wenn er die Verarbeitung für sich „gestattet". Die Initiative, die Veranlassung, kann auch vom Unternehmer ausgehen; vgl. Beispiel, S. 68 (Abs. 2). Man unterstelle, daß vor Vollendung des Werkes die Gestattung hier erfolgt. Man denke auch an folgenden Fall: Das dem Tischler zur Herstellung eines Tisches gelieferte Holz wird von diesem zur Anfertigung eines Schrankes zugeschnitten. Der Tischler macht dem Besteller hiervon Mitteilung, dieser ist auch mit der Anfertigung eines Schrankes einverstanden. Wir haben hier jedenfalls Eigentumserwerb des Bestellers, obwohl die Anregung vom Unternehmer ausging. Wenn diese Fälle die Formulierung von Block nicht mit umfaßt, so ist das ein Fehler, der sich von seinem Standpunkt der Werkzeugtheorie aus nicht vermeiden ließ.

Im Ergebnis gleicht nahe wie Block, in der Formulierung näher als dieser steht unserer Ansicht Busch, S. 52: „Verarbeitet jemand für einen andern auf dessen Veranlassung einen Stoff, den dieser andere während der Verarbeitung in unmittelbarem oder mittelbarem Eigenbesitz hat, so erwirbt der andere direkt durch Verarbeitung Eigentum . .". Buschs Ansicht basiert auch auf der Werzeugtheorie (S. 51), umfaßt daher ebenso wie die Blocks nicht die Fälle, wo die Anregung vom Unternehmer ausging. Im

Eigenbesitz braucht ferner der, der das Eigentum erwirbt, nicht notwendig die Sache zu haben; vgl. oben, S. 68: er kann sie im Fremdbesitz haben, wenn über ihm ein höherer Besitzer fehlt oder wenn keine „Gestattung" des höheren Besitzers vorliegt. Beachtenswert ist aber jedenfalls an der Ansicht von Busch, daß er dem Besitz bei der Spezifikation eine ausschlaggebende Rolle beimißt.

Unseren Standpunkt können wir so formulieren: Wer für sich selbst verarbeitet, wird Eigentümer der neuen Sache, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 950 erfüllt sind. Wer in einem Besitzbeziehungsverhältnis (im dargelegten Sinne) für einen andern verarbeitet, während dieser andere es zuläßt, „gestattet", daß für ihn verarbeitet wird, erwirbt diesem andern unmittelbar das Eigentum auf Grund des § 950; in diesem Falle liegt Tatvertretung vor. Fehlt es an dem Besitzbeziehungsverhältnis [1]) oder an der Gestattung,[2] so kommt der (natürliche) Wille, für einen andern zu verarbeiten, nicht in Betracht, es tritt Eigenerwerb des Verarbeiters ein.

Da eine unmittelbare Fremdwirkung sich auch bei anderen Realakten als der Spezifikation zeigt,[3]) wäre es eine dankbare Aufgabe, auch bei ihnen Merkmale und Umfang der Fremdwirkung näher festzustellen und eine einheitliche Formulierung anzustreben. Vielleicht dürfte es dann einmal gelingen, eine Lehre von der Tatvertretung bei Rechtshandlungen schlechthin zu entwickeln in so allgemeiner Form, wie wir bisher die Vertretung nur bei Rechtsgeschäften kennen. Ein solches Ergebnis wäre ein wünschenswerter Fortschritt für unser ganzes System; denn bei den Rechtshandlungen und damit auch bei den „rein äußeren Handlungen", Realakten, Tathandlungen, „handelt es sich um eine Zentrallehre unseres Privatrechts",[4]) die nicht mehr damit als erledigt betrachtet werden darf, daß man dartut, diese seien keine Rechtsgeschäfte und unterständen deshalb anderen Regeln, für die „sichere Ergebnisse noch nicht gewonnen" seien.[5])

[1]) Entsprechend wie bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung der Mangel der Offenheit (§ 164, Abs. 2) Eigenerwerb des Vertreters eintreten läßt.

[2]) Wie entsprechend bei der Stellvertretung des B. G. B. infolge mangelnder Vertretungsmacht Haftung nach § 179 eintritt.

[3]) Vgl. für den Schatzfund R. G. Bd. 70, S. 308 ff., Wolff, § 83, IV; für die Frage der ‚Stellvertretung in der Erfindung', siehe Kohler, Lehrbuch des Patentrechts, 1908, S. 87—91; Gierke, Bd. I, S. 787, Anm. 83, woselbst weitere Angaben. Kohler bejaht bei der Erfindung die Möglichkeit einer Stellvertretung, Gierke verneint sie. Wenn man sich für Stellvertretung entscheidet, so darf die Fremdwirkung aber m. E. ebenso wie bei der Spezifikation nicht von einer rechtsgültigen Verpflichtung des Angestellten abhängig gemacht werden. Auch hinsichtlich der Handlungsfähigkeit des Vertreters dürften dieselben Sätze gelten wie bei der fremdwirkenden Spezifikation usw.

[4]) Klein, S. 2.

[5]) Tobias, S. 410.

Lebenslauf.

Ich, Friedrich Heinrich Rudolf Tasche, lippischer Staatsangehöriger, evangelischen Glaubens, wurde am 28. Februar 1896 zu Ahmsen, Amt Schötmar in Lippe-Detmold geboren als Sohn der verstorbenen Landwirts Johann Heinrich Tasche und seiner Ehefrau Pauline, geb. Koring, beide evangelischer Konfession.

Von meinem 6. bis 10. Lebensjahre besuchte ich die Volksschule meines Heimatortes, von Ostern 1906 bis zum Kriegsausbruch 1914 das Friedrichs-Gymnasium zu Herford, das ich mit dem Reifezeugnis verließ, um als Kriegsfreiwilliger in den Heeresdienst einzutreten.

Im Verbande des Großherzogl. Hessischen Inf.-Rgts. Nr. 168 am Feldzuge gegen Rußland teilnehmend wurde ich am 11. Dezember 1914 in Polen in der Schlacht bei Lowicz-Samieki schwer verwundet.

Infolge der so erlittenen Kriegsbeschädigung wurde ich nach langwieriger Lazarettbehandlung am 23. Juni 1916 als dauernd kriegsunbrauchbar aus dem Heeresdienst entlassen.

Am 30. Juni 1916 wurde ich als Student der Rechtswissenschaft an der Universität zu Münster immatrikuliert, wo ich dann am 1. Juli mein Studium aufnahm und bis zum Schluß des Wintersemesters 1917/18 Vorlesungen hörte.

Zu Beginn des Sommersemesters 1918 bezog ich die Universität zu Göttingen, die ich bis zum Ende des Zwischensemesters im Frühjahr 1919 besuchte.

Mitte Mai 1919 wurde ich von der Prüfungskommission am Oberlandesgericht Celle zur ersten juristischen Staatsprüfung zugelassen. Das Referendarexamen bestand ich am 12. Juli 1919.

Nachdem ich sodann meine Dissertation vollendet hatte, wurde ich unterm 30. Oktober 1919 vom Lippischen Landespräsidium zum Referendar ernannt und konnte am 10. November meinen Vorbereitungsdienst am Amtsgericht Lage antreten.

Am 4. März 1920 bestand ich mein Doktorexamen mit magna cum laude.

Lage in Lippe, im März 1920.

Friedrich Tasche.